

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Graduação em Direito

RESPONSABILIDADE CIVIL: ABANDONO AFETIVO

Daniel Ramos Guimarães

Brasília
2013

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Graduação em Direito

RESPONSABILIDADE CIVIL: ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada no
curso de graduação em Direito
pela Universidade de Brasília
sob a orientação do Professor
Doutor Othon de Azevedo
Lopes.

Daniel Ramos Guimarães
Matrícula: 09/0004892

Brasília
2013

AGRADECIMENTOS

Ter os pais sempre presentes, apoiando e encorajando reduz as dificuldades, os medos e as inseguranças, que são naturais ao longo da vida, traz mais calma e tranquilidade. Por isso, agradeço aos quatro que me apoiaram nessa caminhada: Helano, Kleyber, Alcides e Roselir.

Aos meus avós que tornaram meus dias mais doces e serenos, que me ajudaram como podiam, com os quais sempre pude contar, estarão sempre comigo, obrigado: Kleber, Icelda, José Cândido, Ernestina, Ceres e Hugo.

Agradeço a todos os amigos da minha querida Teresina que se mantiveram sempre comigo, provaram ser a amizade incondicional, inabalável seja pela distância, seja pelo tempo: Rayana, Rafael, Wilson, Brenno, Moisés, Nicole e Gilvan.

Aos irmãos que me acompanharam por toda a vida, irmãos não apenas de sangue, mas de coração, que crescamos sempre unidos: Helena, Jéssica, André, Caroline, Ana, Débora e Pedro. Agradeço aqui também a todos meus tios e primos com quem convivi por todos estes anos.

Muito obrigado a todos que me aconselharam, divertiram, suportaram, fizeram rir e auxiliaram durante esses cinco anos de Brasília: Tia Suzy, Tio Vito, Beatriz, Luiza, Eduardo, Renato e Diogo.

E por fim, eu nada seria sem meus Amigos, me faltam palavras para descrever a importância de vocês em minha vida, obrigado: Octávio, Juliana, Débora, Hazenclever, Fabio, Kadu, Flaviane e Michel.

Amo vocês.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema o abandono afetivo sob a perspectiva da responsabilidade civil. Inicialmente, foram trabalhados alguns estudos de psicologia e psicanálise referentes às consequências do abandono afetivo ao desenvolvimento humano e seu reflexo na sociedade, a função desta análise preliminar é demonstrar a relevância social do tema. Seguiu-se com a tentativa de demonstrar que embora Direito e Moral sejam distintos, algumas questões morais, podem ser objeto do Direito, entre as quais, o abandono afetivo. A partir daí, o trabalho passa a analisar a possibilidade de reparação civil para compensar os danos morais oriundos do abandono afetivo. Aborda-se a incidência de preceitos e fundamentos constitucionais no Direito Civil atual e, conseqüentemente, na responsabilidade civil. Além do necessário estudo dos elementos da responsabilidade civil subjetiva, perpassando pelos conceitos de ato ilícito, culpa, dano, nexo causal e dano moral, estabelecendo-se conexões com o objeto deste trabalho. Por fim, é feito o exame da jurisprudência nacional pertinente ao tema, que majoritariamente nega a possibilidade de reparação civil por ocorrência do abandono afetivo, havendo, entretanto, alguns posicionamentos pontuais admitindo-a, como o precedente inédito do Superior Tribunal de Justiça, no qual houve condenação do pai a compensar o filho em razão dos danos morais advindos do abandono afetivo.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Desenvolvimento humano. Direito e Moral. Responsabilidade civil subjetiva. Dano Moral. Jurisprudência.

ABSTRACT

This work analyzes the emotional distance under the perspective of the civil responsibility. First considering studies of Psychology and Psychoanalysis about the consequences of emotional distance to the human development and its reflex in the society, the intention of this preliminary analysis is to demonstrate the social relevance of the topic. Then it follows in an attempt to show that, although Law and Morality are distinct matters, some moral questions may be objects of Law studies, including the question of the emotional distance. Thereafter, this work moves on to inspect the possibility of civil damages to compensate for moral damages arising from emotional distance, where addresses the incidence of constitutional precepts and foundations in the current civil law, and therefore in civil liability. Besides the study of the necessary elements of subjective civil liability, passing by the concepts of tort, fault, damage, causation and moral damages and setting up connections with the object of this work. Finally, it has examined the national jurisprudence relevant to the subject, which in its majority denies the possibility of repair civil damages per occurrence of emotional distance. There are, however, some positions that admit it, as the recent decision made by the Supreme Justice Court that condemns a father to compensate his son due to moral damages arising out of emotional distance.

Keywords: Emotional negligence. Liability. Human development. Law and Morals. Subjective civil liability. Moral damages. Jurisprudence.

SUMÁRIO

1.....	INTRODUÇÃO.....	7
2.....	CONCEITUANDO O ABANDONO AFETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	8
2.1 .	Delimitando o abandono afetivo.....	8
2.2 .	O afeto como necessidade humana básica.....	9
2.3 .	A capacidade danosa do abandono afetivo	13
3.....	ABANDONO AFETIVO, UMA QUESTÃO JURÍDICA OU MORAL?	16
3.1 .	Considerações iniciais	16
3.2 .	Surgimento da questão.....	17
3.3 .	Teoria da exterioridade	18
3.3.1	Ação, dever e legislação internos e externos.....	20
3.3.2	Liberdade interna e externa	21
3.3.3	Críticas à Teoria da exterioridade	24
3.4 .	Autonomia e Heteronomia.....	27
3.5 .	Imperativos categóricos e hipotéticos.....	31
3.6 .	Distinções e conexões em Hart.....	34
3.6.1	Similaridades entre Direito e Moral	35
3.6.2	Elementos distintivos da Moral.....	37
3.6.3	Justiça	40
4.....	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DANO MORAL E O ABANDONO AFETIVO	43
4.1 .	A dignidade da pessoa humana e a responsabilidade civil	43
4.2 .	Responsabilidade civil subjetiva e seus conceitos	50
4.2.1	Ilicitude e culpa	50
4.2.2	Dano	57
4.2.3	Dano moral.....	62
5.....	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	70
5.1 .	Posicionamentos pela impossibilidade de reparação civil em decorrência do abandono afetivo	70
5.2 .	Posicionamento pela possibilidade de reparação civil em decorrência do abandono afetivo	76
5.3 .	Posicionamento pela possibilidade de prescrição da pretensão de reparação civil em decorrência do abandono afetivo	78
6.....	CONCLUSÃO	83
7.....	BIBLIOGRAFIA	85

1 INTRODUÇÃO

O tema em questão é o abandono afetivo¹ e suas consequências pertinentes à responsabilidade civil, discussão oriunda do direito de família.

Apenas será abordado o abandono de cunho afetivo, sentimental. Não há o intuito de discutir diretamente questões econômicas.

Ademais, trata-se apenas do abandono dos filhos pelos pais, não abrangendo o abandono inverso (dos pais em idade avançada pelos filhos), entre marido e mulher, ou em qualquer outro tipo de relação familiar.

Cuidar-se-á, portanto, do abandono afetivo sob a ótica dos direitos e deveres derivados do exercício do poder familiar, seus possíveis danos (na sua acepção comum e não jurídica) psicofísicos ao indivíduo, a incidência de danos morais e a possibilidade de reparação civil.

A partir deste estudo objetiva-se responder se o abandono afetivo é relevante ao Direito e à responsabilidade civil. Em outros termos, é possível a reparação civil oriunda da pretensão de compensação de danos morais sofridos em decorrência do abandono afetivo perpetrado pelo titular do poder familiar?

Para tal, inicialmente será feito o exame de estudos de psicologia e psicanálise visando demonstrar a relevância social da questão. Em seguida, será abordada a questão da separação entre Direito e Moral, visando responder se o abandono afetivo como uma questão primordialmente moral pode ser concomitantemente afeta ao Direito. Superado tal problema, será o momento de confrontar o tema com o estudo da responsabilidade civil e sua relação com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e seus conceitos, em especial, o de danos morais. Por fim, far-se-á a análise de precedentes que abordam a questão.

¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. Segundo o autor: "Trata-se da já mencionada demanda por meio da qual o filho requer indenização por dano moral advindo do abandono afetivo do pai, que lhe deixa de dar 'carinho e atenção' ao longo da formação de sua personalidade."

2 CONCEITUANDO O ABANDONO AFETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

2.1 Delimitando o abandono afetivo

O debate gira em torno do abandono afetivo do filho pelos pais, seja em consequência de divórcio, seja por ter sido a criança concebida acidentalmente e tendo sido criada somente por um dos genitores. Enfim, trata do não cumprimento do dever de dar afeto que é incumbido aos titulares do poder familiar.

O próprio Código Civil brasileiro trata do poder familiar em seu Capítulo V, afirmando que os filhos, como menores, estão sujeitos a esse poder, o qual é de competência dos pais. A separação, o divórcio ou a dissolução da união estável não implicam alterações na relação paterno-filial, ou seja, mesmo nesses casos os pais são os titulares do poder familiar.

Tal poder familiar, encerra uma bivalência, tratando não apenas do poder dos pais sobre os filhos, mas também dos deveres que os primeiros possuem na criação dos segundos. O artigo 1.634 do Código Civil estabelece que:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.²

Aqui, inicialmente, convém afirmar que o rol de competências apresentados é meramente exemplificativo, existindo outras obrigações que competem àqueles titulares do poder familiar, trazidas pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e em outras leis esparsas.

Como se pode perceber pelo artigo transcrito, os deveres não se restringem apenas às obrigações econômicas para o sustento da prole, passando por outros valores socialmente criados. Atualmente o simples sustento da criança, com fornecimento dos meios mínimos para

² Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

que esta alcance a vida adulta, como alimentação, escolaridade, cuidados com a saúde, dentre outros, mostra-se insuficientes para garantir o desenvolvimento adequado.

2.2 O afeto como necessidade humana básica

O homem tem necessidades de vários tipos. Talvez as mais evidentes sejam as fisiológicas. No entanto, a condição humana vai além. A par disso, a satisfação das necessidades físicas e intelectuais é apenas uma parte de sua vivência familiar. O afeto, carinho, amor, cuidado e a atenção emocional constituem a formação sã da personalidade.

Maslow elenca em níveis de hierarquia as necessidades humanas básicas, comuns a todos e que motivam determinados comportamentos.

Segundo sua teoria, existem cinco necessidades básicas elencadas em níveis subsequentes e os indivíduos procuram satisfazê-las gradativamente, são as seguintes: fisiológicas, de segurança, sociais, de ego e auto-realização.

A necessidade social diz respeito à vida em sociedade, às interações sociais, às relações afetivas, aos sentimentos de amor, de carinho e de amizade. Enfim, trata da afetividade.

A sua desconsideração tem como consequência a rejeição à interação social, às relações interpessoais, gerando assim a reclusão e o isolamento do indivíduo.³

Como afirma Samuel Pfromm Neto:

A capacidade de dar e receber afeição parece corresponder a necessidades tão naturais nos seres humanos que aceitamos como existente em todas as criaturas, e raramente cogitamos sobre suas origens ou fatores que podem favorecer ou obstaculizar seu desenvolvimento.⁴

³ REGIS, Lorena Fagundes Ladeia Vitória; PORTO, Isaura Setenta. *A equipe de enfermagem e Maslow: (in) satisfações no trabalho*. Rev Bras Enferm [Internet], v. 59, n. 4, p. 565-8, 2006. p. 566. "Necessidades sociais: relacionadas à vida em sociedade, englobando necessidades de convívio, amizade, respeito amor, lazer e participação. Estas são as necessidades de convívio social referindo as necessidades de afeto das pessoas que convivemos tais como; amigos, noiva, esposa e filhos. O ser humano tenderá a construir relacionamentos afetivos com o intuito de se sentir integrado, parte de um grupo em sociedade. Assim, 'quando as necessidades sociais não estão suficientemente satisfeitas, a pessoa se torna resistente, antagônica e hostil com relação às pessoas que a cercam. A frustração dessas necessidades conduz geralmente a falta de adaptação social e a solidão. A necessidade de dar e receber afeto é uma importante ativadora do comportamento humano quando se utiliza a administração participativa' (Chiavenato I. Recursos Humanos. São Paulo(SP): Atlas; 2000.)"

⁴ PFROMM NETO, Samuel. *Psicologia da Adolescência*. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1976. p. 110.

A necessidade de afeto é ainda maior na infância e adolescência (fases em que existe maior vulnerabilidade e necessidades especiais). A sua carência é geralmente preenchida no seio familiar.

Gabriela Schreiner coloca a ausência de afeto como fator de risco para o desenvolvimento infantil, ao lado do controle de saúde insuficiente, ausência de higiene básica, deficiência nutricional, entre outros⁵.

É muito clara a ideia de que todo e qualquer ser humano carece de carinho e amor, sendo a família, especialmente os pais, os responsáveis a iniciar os primeiros vínculos afetivos.

Segundo a mesma autora, foi a partir das décadas posteriores à Segunda Guerra Mundial que se tomou consciência da importância da família no desenvolvimento adequado das crianças. Isso influenciou a Convenção sobre os Direitos da Criança⁶, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, a trazer em seu preâmbulo o reconhecimento da importância da vida em família e do dever de os Estados estimularem tal comportamento⁷.

Isso é bem explicitado nos seguintes trechos do preâmbulo:

Os Estados Partes da presente Convenção,

Considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, a liberdade, a justiça e a paz no mundo se fundamentam no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana; (...)

⁵ SCHREINER, Gabriela. *Risco ou Abandono, além da Semântica*. São Paulo, 2009. p. 7. "Diferentes autores reuniram as principais necessidades do indivíduo divididas em categorias: físico-biológicas, saúde física, afetivo-emocionais, de relação e interação social, de identidade pessoal e grupal ou pertença, necessidades cognitivas e de valores."

⁶ Tal convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro em 14 de setembro de 1990, pelo Decreto Legislativo nº 28, posteriormente ratificada em 24 de setembro de 1990, entrando em vigor no Brasil em 23 de outubro de 1990, e finalmente promulgada na forma do Decreto nº 99.710 em 21 de novembro de 1990. É considerada a Carta Magna das crianças de todo o mundo e visa a proteção dos direitos básicos inerentes às crianças e adolescentes.

⁷ SCHREINER, Gabriela. *Risco ou Abandono, além da Semântica*. São Paulo, 2009. p. 1. Expõe em sua obra que: "A tomada de consciência sobre o valor da família no desenvolvimento integral e, em particular, da saúde mental das novas gerações ganhou força nas décadas que se seguiram a segunda grande guerra. (...) Não é por menos que a Convenção sobre os Direitos da Criança está impregnada desde seu preâmbulo do reconhecimento do direito a viver em família como fundamental e do dever dos Estados de ajudar às famílias a desempenhar seu papel."

(...)Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que **a infância tem direito a cuidados e assistência especiais;**

Convencidos de que **a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade;**

Reconhecendo que **a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão;**(...)

(...)Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, **"a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento";**⁸ (grifo nosso)

Portanto, o núcleo familiar é essencial no crescimento humano, possuindo os pais, detentores do poder familiar, posição decisiva neste processo. Nancy Chodorow explica que:

Os psicanalistas há muito acentuaram a importância do primeiro relacionamento do bebê com o seu cuidador ou cuidadores. Afirmam que a sobrevivência mental e também física do bebê depende desse ambiente e relacionamento social. (...) O desenvolvimento inicial consiste, evidentemente, na construção de uma relacionamento social entre mãe⁹ e bebê, ambos no mundo e dentro da psique infantil.¹⁰

É na família que o indivíduo forma seus primeiros e mais fortes vínculos afetivos, que podem perdurar por toda sua vida, os vínculos com seus cuidadores¹¹. Afirmção similar é feita por Gabriela Schreiner em seu texto “Risco ou Abandono, além da Semântica”: “O micro-sistema familiar é o primeiro e principal ambiente de desenvolvimento e onde se atendem às necessidades primordiais da criança e do grupo familiar.”¹²

⁸ Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989.

⁹ O termo mãe deve ser interpretado como "cuidador ou cuidadora".

¹⁰ CHODOROW, Nancy. *Psicanálise da maternidade: uma crítica a Freud a partir da mulher*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Record: Rosas do Tempo, 2002. p. 81 e 82.

¹¹ MESQUITA FILHO, Júlio de. *Formação e rompimento dos laços afetivos*. Araraquara, 2010. p. 9. O autor usa como referência Winnicott, renomado psicanalista inglês do século passado, que atribuiu à “mãe” a figura de cuidadora da criança desde seu nascimento, entretanto, na sociedade atual isto não é mais verdade absoluta, atualmente muitos pais assumem tal papel, ou até outro membro da família.

¹² SCHREINER, Gabriela. *Risco ou Abandono, além da Semântica*. São Paulo, 2009. p. 6.

Nela se inicia o processo de aprendizagem humana, as relações interpessoais do indivíduo, os primeiros contatos com as práticas sócio-culturais, a inserção do indivíduo na coletividade.¹³

A família, portanto, é vista na psicologia como ambiente vital ao desenvolvimento do indivíduo, sua vida posterior, como adulto, ao atingir a maior idade, será diretamente afetada pelas experiências da infância, e um dos principais, se não o principal, ambientes de vivência nesta fase da vida é o familiar.

Quanto à importância dos cuidados paternos e maternos durante a infância, diante as possíveis consequências futuras, tanto psicológicas, quanto fisiológicas, alerta Nancy Chodorow:

O desenvolvimento da criança é inteiramente dependente do cuidado paterno e materno no ajuste entre suas necessidades e desejos e o cuidado que lhe é dado. Aspectos fundamentais do senso do eu revelam-se através desse primeiro relacionamento. Michael Balint¹⁴ afirma que essa primeira experiência da criança, menino ou menina, produz uma situação básica no indivíduo "cuja influência se estende amplamente, provavelmente por toda a estrutura psicobiologia do indivíduo, envolvendo em graus variáveis sua mente e seu corpo".¹⁵

¹³ DESSEN, Maria Auxiliadora; POLONIA, Ana da Costa. A família e a escola como contextos de desenvolvimento humano. *Paidéia*, v. 17, n. 36, p. 21-32, 2007. p. 22. "A família, presente em todas as sociedades, é um dos primeiros ambientes de socialização do indivíduo, atuando como mediadora principal dos padrões, modelos e influências culturais (Amazonas, Damasceno, Terto & Silva, 2003; Kreppner, 1992, 2000). É também considerada a primeira instituição social que, em conjunto com outras, busca assegurar a continuidade e o bem estar dos seus membros e da coletividade, incluindo a proteção e o bem estar da criança. A família é vista como um sistema social responsável pela transmissão de valores, crenças, idéias e significados que estão presentes nas sociedades (Kreppner, 2000). Ela tem, portanto, um impacto significativo e uma forte influência no comportamento dos indivíduos, especialmente das crianças, que aprendem as diferentes formas de existir, de ver o mundo e construir as suas relações sociais.

Como primeira mediadora entre o homem e a cultura, a família constitui a unidade dinâmica das relações de cunho afetivo, social e cognitivo que estão imersas nas condições materiais, históricas e culturais de um dado grupo social. Ela é a matriz da aprendizagem humana, com significados e práticas culturais próprias que geram modelos de relação interpessoal e de construção individual e coletiva. Os acontecimentos e as experiências familiares propiciam a formação de repertórios comportamentais, de ações e resoluções de problemas com significados universais (cuidados com a infância) e particulares (percepção da escola para uma determinada família). Essas vivências integram a experiência coletiva e individual que organiza, interfere e a torna uma unidade dinâmica, estruturando as formas de subjetivação e interação social. E é por meio das interações familiares que se concretizam as transformações nas sociedades que, por sua vez, influenciarão as relações familiares futuras, caracterizando-se por um processo de influências bidirecionais, entre os membros familiares e os diferentes ambientes que compõem os sistemas sociais, dentre eles a escola, constituem fator preponderante para o desenvolvimento da pessoa."

¹⁴ BALINT, Michael. *The Basic Fault*. 1968 *apud* CHODOROW, Nancy. *Psicanálise da maternidade: uma crítica a Freud a partir da mulher*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Record: Rosas do Tempo, 2002.

¹⁵ CHODOROW, Nancy. *Psicanálise da maternidade: uma crítica a Freud a partir da mulher*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Record: Rosas do Tempo, 2002. p. 83 e 84.

Para tal, os pais devem garantir o amor, a dedicação e atenção necessários à construção de uma base firme da personalidade, a partir da qual o indivíduo irá crescer e expandir seus valores¹⁶.

2.3 A capacidade danosa do abandono afetivo

Conclui-se que neste contexto a figura dos pais é determinante na formação de elementos emocionais da criança, vínculos afetivos, a autoestima, autoconceito, bem como na construção de modelos de relações que servirão de base para outras situações de interação social. Logo a interação paterno-filial é determinante na evolução comportamental da criança, gerando consequências até na sua vida adulta¹⁷.

Embora, atualmente, seja comum a separação do casal que instituiu a família, o ambiente familiar não se dilui com a separação ou divórcio quando nele estão presentes filhos sujeitos ao poder familiar do antigo casal. É que, o dever do pai ou da mãe para com os filhos menores não se esgota por esse meio¹⁸.

¹⁶ MESQUITA FILHO, Júlio de. *Formação e rompimento dos laços afetivos*. Araraquara, 2010. p. 23 e 24. Mesquita Filho considera que “A criança cujos pais souberem que para criarem um filho de maneira saudável não é necessário nenhum profundo conhecimento ou inteligência além do normal, mesmo porque alguém que possuir o conhecimento em anatomia não vai garantir que seu filho seja saudável, essa pessoa deve saber que para tanto só é necessário amor profundo e dedicação, atenção total àquele ser que precisa de amor para se desenvolver e que se isso não lhe faltar, com certeza teremos uma base sólida de construção da personalidade onde ninguém nem nada no mundo poderão destruir. É exatamente dessa forma que se formará um indivíduo com perfeita saúde mental para enfrentar as adversidades da vida.”

¹⁷ DESSEN, Maria Auxiliadora; POLONIA, Ana da Costa. A família e a escola como contextos de desenvolvimento humano. *Paidéia*, v. 17, n. 36, p. 21-32, 2007. p. 24 e 25. “As figuras parentais exercem grande influência na construção dos vínculos afetivos, da auto-estima, autoconceito e, também, constroem modelos de relações que são transferidos para outros contextos e momentos de interação social (Volling & Elins, 1998). Por exemplo, pais punitivos e coercitivos podem provocar em seus filhos comportamentos de insegurança, dificuldades de estabelecer e manter vínculos com outras crianças, além de problemas de risco social na escola e na vida adulta. Booth e cols (1998) investigaram o apoio social e emocional de mães e de outras pessoas envolvidas com a criança e suas repercussões na adolescência e vida adulta. Eles observaram que a qualidade da relação mãe-criança é transferida, posteriormente, para outras relações interpessoais, na escola e no grupo de amigos.”

¹⁸ MESQUITA FILHO, Júlio de. *Formação e rompimento dos laços afetivos*. Araraquara, 2010. p. 29. Para o autor, o processo de separação dos pais pode ser muito devastador para a criança, entretanto tal processo pode ser amenizado, conforme as palavras dele: “Tanto melhor se tiver a ajuda dos pais que se divorciarem de maneira a entender que não podem se separarem dos filhos, mas só do parceiro, esses sim poderão contribuir um pouco com a reconstrução do mundo da criança. / Entretanto, sabemos ser essa uma tarefa pouco existente entre os casais que se separam. Eles se separam e esquecem que tem um filho para cuidar, não só física e materialmente que é o assunto que os pais mais se preocupam, mas principalmente esquece-se de sua saúde mental, seu estado emocional, suas emoções e aflições próprias do processo em que foram inseridos.”

Nos casos em que os genitores não sejam e nunca venham a formar um casal, eles constituem o núcleo familiar daqueles que geraram, sendo, portanto, detentores do poder familiar e devendo suprir as necessidades dos filhos, incluindo-se aí as afetivas.

Quando ocorre a inação do detentor do poder familiar em garantir o afeto necessário ao menor para que este possua as condições necessárias ao seu regular desenvolvimento ocorre o abandono afetivo¹⁹.

Na infância, os seres humanos internalizam as atividades externas com que tem contato, reconstruindo-as internamente e transformando processos interpessoais em intrapessoais, que adiante serão a base de novas relações.²⁰

O mesmo ocorre em relação aos sentimentos experimentados pela criança, são muitas vezes redirecionados por elas para o relacionamento com os demais, a criança age com os outros em conformidade ao modo em que é ou foi tratada²¹.

O escasso contato físico e afetivo, ao lado, por exemplo, da agressão à criança e da má nutrição constituem fatores de risco às etapas do desenvolvimento infantil²² e podem resultar em inúmeros prejuízos²³.

¹⁹ SCHREINER, Gabriela. *Risco ou Abandono, além da Semântica*. São Paulo, 2009. p. 3.

²⁰ VIGOTSKI, Lev Semenovich. *A formação social da mente: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores*. Trad. José Cipolla Neto, Luís Silveira Menna Barreto, Solange Castro Afeche. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 75.

²¹ GRATIOT-ALPHANDERY, Helene; ZAZZO, Rene (Org.). *Tratado de psicologia del niño*. Trad. Dolores Blasco. Madrid: Ediciones Morata S.A., 1975. p. 30 e 31. “La madre satisface al niño: de ahí brota el amor del niño y la introyección del objeto bueno en el niño: la integración que él realiza de las actividades positivas desplegadas por la madre, un sentimiento de equilibrio. Pero también frustra en algo la madre al niño: de ahí proviene, con la angustia de la persecución, la manifestación de una agresividad que tiene sus fuentes profundas en el impulso de muerte innato en el niño; aquí también interviene una introyección de las actitudes frustrantes, agresivas, de la madre. Por otra parte, tanto en el plano del bien como en el del mal, un proceso de proyección redobla la introyección: el niño atribuye a los demás los sentimientos que experimenta personalmente.”

²² SCHREINER, Gabriela. *Risco ou Abandono, além da Semântica*. São Paulo, 2009. p. 7. “Dentro dos fatores de risco nas principais etapas de desenvolvimento infantil se encontram os escassos contatos físicos e afetivos ou, ainda, os contatos físicos inadequados (agressão/maltrato) e a estimulação inadequada (falta, excesso, abusos). São também fatores de risco os controles de saúde insuficientes, a ausência de hábitos de higiene, a deficiência de nutrição e alimentação, assim como os inadequados tempos de descanso e horário de sono.”

²³ SCHREINER, Gabriela. *Risco ou Abandono, além da Semântica*. São Paulo, 2009. p. 7. “Os transtornos psicopatológicos, o isolamento, a escassa capacidade de diálogo e a baixa auto-estima atuam para potencializar o risco, assim como a percepção “limitada” ou difusa do mundo e os baixos níveis de informação ou níveis inadequados de informação para cada do ciclo vital. Dentro dos fatores de risco muitas vezes ignorados pelos programas de atenção à primeira infância se encontram as trocas frequentes de cuidadores que poderão potencializar o desapareço ou desconexão de um grupo de referência positiva (família). Cada um destes pontos e outros poderão prejudicar o desenvolvimento saudável de uma criança ou adolescente e em níveis de maior incidência ou multiplicidade, inclusive colocar sua vida em risco.”

Vale, frisar que a ausência de afeto e cuidado paternal e/ou maternal, pode muitas vezes ser suprida pelas relações e interações sociais formadas em instituições escolares, em outros núcleos familiares (avós, tios, primos), pelas conexões afetivas com amigos etc²⁴.

Ou seja, ainda que o risco ao desenvolvimento infantil sempre exista quando se fala em abandono, ele pode não necessariamente resultar em dano, pois interferências externas podem impedir que o risco se consolide em danos efetivos²⁵.

Em tal hipótese embora esteja configurado o abandono afetivo, que é tão somente a omissão do detentor do poder familiar em dar afeto àquele por quem é responsável, inexiste o dano (em sua acepção comum e não jurídica), caso que será analisado mais a frente com base na responsabilidade civil.

²⁴ DESSEN, Maria Auxiliadora; POLONIA, Ana da Costa. A família e a escola como contextos de desenvolvimento humano. *Paidéia*, v. 17, n. 36, p. 21-32, 2007. p. 25. "Paralelamente, identificaram que a qualidade da relação com os pares e amigos pode compensar a baixa qualidade de interação com as mães. (...)

²⁴No entanto, nem sempre as famílias constituem uma rede de apoio funcional e satisfatória ou, mesmo, melhor que outras. Dell'Aglia e Hutz (2002) compararam estratégias de enfrentamento entre crianças institucionalizadas e as que viviam com suas famílias e não encontraram diferenças nas de busca de apoio social e ação agressiva. Segundo os autores, muitas vezes, as instituições têm condições físicas, materiais e organizacionais e contam com profissionais e rotinas que estabelecem uma rede social de apoio forte e adequada. Portanto, o desenvolvimento de estratégias de enfrentamento apropriadas é influenciado pela qualidade das relações afetivas, coesão, segurança, ausência de discórdia e organização, quer na família ou na instituição. Tais aspectos constituem importantes fatores de proteção para o indivíduo, favorecendo o desenvolvimento de habilidades e competências sociais e, conseqüentemente, sua capacidade de adaptação às situações cotidianas (Chaves, Guirra, Borrión & Simões, 2003)."

²⁵ SCHREINER, Gabriela. *Risco ou Abandono, além da Semântica*. São Paulo, 2009. p. 7. "Investigações e práticas deixam claro que a incapacidade de modular as pulsões promovem a formação de círculos viciosos transgeracionais com pequenas chances de modificar-se sem uma interferência externa: por parte de outros membros da família extensa ou membros da comunidade que podem atuar como protetores ou tutores de resiliência de adultos e crianças, por parte da escola quando funciona como ambiente de desenvolvimento cognitivo e social de crianças e seus pais e atua como agente protetor e de denúncia nos casos que mereçam, e por parte do Estado como ator responsável na prevenção mas também na ação eficaz para os casos em que não haja outra solução a não ser a separação das crianças de um ambiente destruidor."

3 ABANDONO AFETIVO, UMA QUESTÃO JURÍDICA OU MORAL?

3.1 Considerações iniciais

O dever dos pais de dar afeto, carinho e amor aos filhos é primeiramente uma conduta moralmente exigível. Tanto o abandono material como afetivo de um filho é reprovável, em tal âmbito, e gera intimamente nos indivíduos que o presenciam sentimentos de repulsa, reprovação, indignação.

Diante da realidade até aqui apresentada, a questão ultrapassa os limites da moral, fazendo surgir os seguintes questionamentos: o Direito pode regular condutas morais? Como se dá o diálogo entre Direito e Moral em tais casos?

O debate acerca dos campos Direito e Moral é um dos principais problemas abordados na Filosofia do Direito, além de ser um dos mais difíceis e complexos, e ao qual foram propostas inúmeras diferentes soluções²⁶.

Para Tercio Sampaio é uma das questões mais intrincadas no estudo do direito, tendo relações com a justificação e o fundamento do Direito, no entanto, é uma discussão necessária na atual percepção do Direito²⁷.

Segundo Kant, a conduta humana é regulada pelas leis morais, que se encontram em contraposição às leis da necessidade (reguladoras do universo natural). Neste âmbito da conduta humana o primeiro e mais grave problema a ser enfrentado seria a distinção entre Direito e Moral, que conforme Bobbio é problema preliminar no campo da Filosofia do Direito:

No âmbito da conduta humana regulada pelas leis morais, que Kant chama leis da liberdade, que regulam os fenômenos do universo natural, o primeiro e mais grave problema a ser enfrentado é o da distinção entre duas formas diversas de legislação e de ações: quer dizer, a distinção entre

²⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 621. "Vamos agora examinar, de maneira mais pormenorizada, as relações entre a conduta moral e a jurídica, um dos problemas fundamentais da Filosofia do Direito, e também dos mais delicados e complexos. Desse modo, as notas conceituais, já determinadas fenomenologicamente, passarão pelo crivo da reflexão histórica.

Segundo Jhering, a relação entre a Moral e o Direito constituiria o Cabo Horn ou o Cabo das Tormentas da Filosofia do Direito, tão erizada é de dificuldades. Já mais pessimista, Benedetto Croce chegou a ponto de dizer que se trata propriamente do Cabo dos Náufragos, porquanto teriam falhado todas as doutrinas tendentes a delimitar os dois campos."

²⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 348.

legislação moral propriamente dita e legislação jurídica, ou entre ação moral e ação jurídica. Trata-se do clássico problema da distinção entre moral e direito, que é geralmente considerado como problema preliminar de qualquer filosofia do direito.²⁸

Nesse mesmo sentido, Hart diz ser a afirmação geral, de que entre direito e moral há uma conexão necessária. Todavia, trata-se de assunto complexo com tênues nuances.²⁹

Tais autores admitem existir uma relação entre Direito e Moral, que está intimamente ligada à Filosofia do Direito e cuja abordagem é essencial em inúmeras questões do Direito contemporâneo.

É árdua a tarefa de distinguir estes dois campos e isso deve ser feito não os separando e isolando uma do outro, mas estabelecendo e refletindo acerca de suas conexões³⁰.

Com este objetivo serão abordadas a seguir algumas ideias que tentam não apenas distinguir o Direito da Moral, como também demonstrar a conexão entre eles existente.

3.2 Surgimento da questão

Segundo Reale, foi no renascimento em que se afirmou de forma clara a distinção entre Direito e Moral. No renascimento, os pensadores começam a abandonar a necessidade de referência central aos valores transcendentais. O homem, o indivíduo passa a ser referência para a construção do pensamento, especialmente na filosofia moral e na política. Surge nesse contexto, a Escola do Direito Natural ou o Jusnaturalismo Moderno, que não se confunde com o Direito Natural clássico (concepções aristotélicas e tomistas)³¹. Dentro do Direito, ganha força a corrente do contratualismo, que levou os seus cultores a estabelecer delimitações entre a Moral, o Direito e as demais formas de conduta humana:

Aqui já começa a se afirmar uma distinção entre o Direito (fundado em um contrato social) e a Moral, anterior ao contrato positivo e, de certo

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 86.

²⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 169 e 170.

³⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 622.

³¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 651.

modo, sua condição primordial. Não faltarão, porém, tentativas de fundamentação contratualista de todo o domínio da Ética.³²

Ainda conforme o supracitado autor, a questão apesar de ventilada já na Grécia Antiga, não foi proposta deliberadamente, tampouco, estabelecidos critérios claros de distinção.³³

Já em Roma, a pouca vocação filosófica e a predominância da praticidade foram elementos que afastaram os romanos dessa questão.³⁴

Na Idade Média, em que foi destacado o papel do Cristianismo, pelo qual ocorreu uma distinção fundamental e definitiva entre a Política e Religião, importando também na discriminação entre Moral e Política³⁵. Para Miguel Reale, não havia na Idade Média clima propício a busca das distinções entre o Direito e a Moral, "inclusive em virtude do caráter ecumênico de suas concepções da sociedade, e a afirmação de um Direito cuja fonte primordial era a mesma dos imperativos morais"³⁶.

3.3 Teoria da exterioridade

Miguel Reale, como outros autores, considera Thomasius um dos primeiros a abordar de maneira clara a distinção entre a Moral e o Direito, a mesma tem como base um critério material que trata a ação humana a partir do "foro interno e externo", o primeiro diz respeito à Moral, e o segundo ao Direito.

Nas palavras de Reale:

³² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 647.

³³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 622. "Pode dizer-se, no entanto, que prevalece o reconhecimento de que na Grécia foram ventiladas certas questões atinentes ao assunto, mas sem ser proposta de maneira deliberada a questão de critérios capazes de distinguir o jurídico do não-jurídico, ou as diversas esferas da Ética."

³⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 627 e 628. "Se passarmos para o mundo romano, encontraremos uma situação muito semelhante, mas por outras razões. Em primeiro lugar, devemos reconhecer que em Roma já se fundava uma Ciência do Direito autônomo.(...) (...)Por outro lado, sabemos que os romanos não foram grandes apaixonados pelos estudos filosóficos, nem pelos pressupostos gerais da vida jurídica, atraídos de preferência pelo plano da atividade prática ou do Direito como *voluntas*."

³⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 634 a 643.

³⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 643.

A ação humana é distinta por Thomasius em dois momentos ou fases: uma interna, que se passa na vida interior ou no plano da consciência, e outra externa, que se projeta para fora, relacionando-se com outros membros da sociedade. No primeiro caso, quando a ação se desenrola apenas no plano da consciência, o homem é o único juiz de sua conduta: não existe outro foro a que recorrer senão o foro interno, que é o da Moral. Quando, porém, a ação se exterioriza e provoca o enlace com outros indivíduos, surge a possibilidade de verificação e de tutela por parte da autoridade superior, incumbida de harmonizar o agir de um com o agir dos demais. O foro externo, portanto, é o foro que toca ao Direito.³⁷

Ademais, arguiu Thomasius que a exterioridade dos atos da esfera jurídica permitem a interferência do Poder Público exigindo conformidade das ações com as normas jurídicas, há possibilidade de coação, coercibilidade.

Muito embora o Direito seja coercível, nem sempre está ligado a coação. Thomasius percebeu que o Direito pode ser realizado espontaneamente, apenas quando ocorre alguma falha ou inconformidade que se lança mão da coação, da força.

Logo, a coercibilidade trata de um elemento virtual, o qual pode vir a ser utilizado, pode ou não existir³⁸.

Já isto não acontece no mundo moral, onde se deve excluir a possibilidade da interferência da força. Um ato moral, realizado por astúcia ou por força, não é ato moral no sentido autêntico da palavra.³⁹

Portanto, no Direito existiria o elemento virtual da coercibilidade, que não obstante pudesse não vir a ser utilizado, quando um ato exterior estivesse em desarmonia com as regras jurídicas, o Poder Público estaria autorizado a utilizar a coação para exigir o fiel cumprimento dessas regras.

De outro lado, na moral inexistente essa possibilidade. O próprio homem é juiz de sua conduta, nela só se pode recorrer ao foro interno⁴⁰.

Tanto Reale⁴¹, quanto Bobbio⁴² consideram Kant continuador de Thomasius, sob a perspectiva da filosofia Jurídica. Ele utilizou como um dos critérios de diferenciação entre

³⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 654.

³⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 655.

³⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 656.

⁴⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 654.

⁴¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 657.

Direito e Moral o da exterioridade de Thomasius. Havendo uma diferença, para esse último a coação seria elemento virtual do Direito, potencialmente utilizável, enquanto para Kant a coação ganha um sentido "atual"⁴³.

Ainda segundo Reale seriam 3 os critérios distintivos apresentados por Kant quanto ao Direito e Moral: da exterioridade; da autonomia e heteronomia; e dos imperativos categóricos e hipotéticos.

Já Bobbio enuncia 4 critérios distintivos (dois explícitos e dois implícitos) nas obras desse mesmo filósofo. Os dois critérios explícitos são: da ação, dever e legislação internos e externos; e da liberdade interna e liberdade externa. Os critérios implícitos são: da autonomia e heteronomia; e dos imperativos categóricos e hipotéticos.

O primeiro critério, para Reale, é o da exterioridade, por qual Kant dá continuidade a Thomasius, com a distinção já mencionada, de usar a teoria da de coercitivdade e não da coercibilidade.

Bobbio defende que os termos "interno" e "externo" na teoria kantiana encerrariam, na verdade, 2 critérios explícitos de diferenciação entre Direito e Moral.

3.3.1 Ação, dever e legislação internos e externos

O primeiro critério está calcado na da antinomia interno e externo quando adjetivando os termos ação, dever e legislação.⁴⁴

As ações externas são aquelas que devem possuir conformidade com as leis, enquanto as internas são exigíveis por si mesmas. As primeiras referem-se à legalidade, e as segundas à moralidade; por deveres externos têm-se aqueles impostos pela legislação jurídica. É ela que impõe um dever jurídico. Por outro lado, quando o dever é moral, ele não apenas exige a

⁴² BOBBIO, Noberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarin, 2000. p. 93. "Fazendo coincidir a distinção entre moral e direito como a feita entre moralidade e legalidade, entre interioridade e exterioridade, Kant se inseria na tradição do jusnaturalismo e iluminismo alemão, da qual o maior representante tinha sido Cristiano Thomasius (1655-1728)."

⁴³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 655 a 657. Miguel Reale, afirma que a teoria de Thomasius é a da coercibilidade, onde a coação é virtual, a coação *in potentia*, enquanto em Kant afigura-se a teoria da coercitivdade, a coação é atual, não existe Direito sem coação, que é elemento necessário e intrínseco àquele. O autor considera ter Kant exagerado quanto a qualificação do elemento coercitivo, e, por isso, não foi uma de suas maiores contribuições.

⁴⁴ BOBBIO, Noberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarin, 2000. p. 93.

conformação, como também a pureza de intenção; por fim, a legislação jurídica é a externa, por exigir tão somente a conformidade do ato com suas normas, ao passo que a legislação moral ou interna almeja que tal conformidade advenha de uma intenção pura. O indivíduo o faz por acreditar intimamente naquilo.⁴⁵

Em análise conforme, Habermas expõe o seguinte:

Em primeiro lugar, o direito não leva em conta a capacidade dos destinatários em ligar a sua vontade, contando apenas com sua arbitrariedade. Além disso, o direito abstrai da complexidade dos planos de ação a nível do mundo da vida, limitando-se à relação externa da atuação interativa e recíproca de determinados agentes sociais típicos. Finalmente, o direito não considera, conforme vimos, o tipo de motivação, contentando-se em focar o agir sob o ponto de vista de sua conformidade à regra.⁴⁶

Exemplificativamente, o Código Civil em seu artigo 1634, I, determina ser competência dos pais a criação e educação dos filhos. Essa norma está inserida na legislação jurídica vigente, que, segundo a teoria da exterioridade acima apresentada, é externa, pois exige tão somente a conformidade do ato com o dever imposto. O pai ou mãe que cuidam e educam seus filhos agem conforme a legalidade.

No entanto, se eles cuidam de seus filhos não por haver uma norma jurídica que estabelece esta competência, e sim por terem a convicção de ser o certo, se agem com pureza de intenção, também agem conforme a moralidade.

Pode-se concluir, por este primeiro critério de diferenciação, que, embora moral e direito sejam distintos, um mesmo ato pode ser tanto legal por simplesmente estar em conformidade com a legislação jurídica, como moral por haver uma adesão íntima a um dever interno, uma vontade pura em agir daquele modo.

3.3.2 Liberdade interna e externa

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 91 e 92.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 147.

O autor italiano prossegue a análise do pensamento kantiano afirmando que a dicotomia "interno" e "externo" está presente em outra forma distintiva que não se confunde com a apresentada acima e diz respeito à associação destes termos à palavra liberdade.⁴⁷

Inicialmente deve-se entender por liberdade, a prerrogativa de poder agir de determinada maneira sem sofrer coação.⁴⁸

Portanto, a base desta diferenciação repousa nos conceitos kantianos de liberdade interna e liberdade externa. Essa refere-se à liberdade que o indivíduo possui em relação à coletividade ("relação minha com os outros"), aos outros, enquanto aquela tem como referencial o próprio indivíduo ("relação de mim comigo mesmo"). Nas palavras de Bobbio:

Por "liberdade moral" deve ser entendida, segundo Kant, a faculdade de adequação às leis que a nossa razão dá a nós mesmos; por "liberdade jurídica", a faculdade de agirmos no mundo externo, não sendo impedido pela liberdade igual dos demais seres humanos, livres como nós, interna e externamente. Se por "liberdade se entende, numa das acepções mais comuns, a faculdade de fazer algo sem ser coagido ou liberdade como 'não-coação', ou como "liberdade de..."(aquela que, no capítulo 12 da parte I, chamamos de "liberdade negativa"), liberdade moral é a liberdade dos impedimentos que provêm de nós mesmos (as inclinações, as paixões, os interesses), é liberação interior, esforço de adequação à lei eliminando os obstáculos que derivam da nossa faculdade de desejar; liberdade jurídica, porém, é a liberação dos impedimentos que provêm dos outros, é liberação exterior, ou seja, eficaz no domínio do mundo externo em concorrência com os outros, esforço por alcançar uma esfera de liberdade na qual seja possível para mim agir segundo meu talante sem ser perturbado pela ação dos outros.⁴⁹

Aqui duas observações devem ser feitas: quando se fala na "relação de mim comigo mesmo", o que se pretende dizer é que o próprio indivíduo possui responsabilidade somente diante de si mesmo, muito embora esta ação possa vir a afetar a outrem; e na "relação minha

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 96. "É possível dizer então que o novo critério de distinção entre moral e direito não considera mais, como o primeiro, a relação entre a ação e a lei ou o modo da obrigação, mas a mesma forma da ação que no primeiro caso se esgota no interior da minha consciência e no segundo caso, abrindo-se para o exterior, chega a coincidir com a dos outros."

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 96.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 95 e 96.

com os outros", estes outros significa a coletividade, cuja representação é o Estado⁵⁰. Disso, conclui-se que:

Enquanto, na moral, os outros existem, quando existem, somente como objeto ou como termo de referência da nossa ação, a qual possui valor moral independentemente de uma resposta qualquer do outro; no direito, os outros existem como sujeitos que exigem de mim o cumprimento da ação.⁵¹

Em outras palavras, na Moral, apenas a própria pessoa pode cobrar a si mesmo pelas suas ações, enquanto, no Direito, a coletividade detém a faculdade, o poder, o direito de exigir a conformidade entre ações e deveres.

Neste mesmo sentido, ensina Habermas:

Segundo Kant, o conceito do direito não se refere primariamente à vontade livre mas ao arbítrio dos destinatários; abrange a relação externa de uma pessoa com a outra e recebe a autorização para a coerção, que um está autorizado a usar contra o outro, em caso de abuso.⁵²

Não obstante Bobbio considere que a antinomia interno e externo em Kant gerem dois diferentes critérios de distinção entre moral e direito, deve-se ter em mente que estes critério ditos distintos, são na verdade isômeros, produtos originados da mesma fórmula (teoria da exterioridade), um é a afirmativa do outro, como será visto.

A premissa inicial, que é a teoria da exterioridade de Thomasius, afirma que a conduta do homem possui duas fases: a interna, a qual está inserida no plano da consciência; e a externa, que é projetada para fora, e acaba por fazer relação com os outros membros da sociedade.

Se a fase interna está limitada ao plano da consciência, apenas o indivíduo poderia ser juiz dessa, estando a liberdade desse plano condicionada somente a ele mesmo, seria responsável apenas diante de si mesmo. Assim, sua adesão a determinado comportamento

⁵⁰ BOBBIO, Noberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 97.

⁵¹ BOBBIO, Noberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 98.

⁵² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 140.

nesse plano só pode ser livre de impulsos externos, uma intenção pura. Age de certa forma por acreditar ser o correto, crê ser aquela ação exigível por si mesmo.

Da mesma forma, sendo a fase externa relacionada com os outros membros da sociedade, e estes afetados por tal fase da conduta humana, surge a possibilidade de coação a certos atos que não estejam em consonância com as regras jurídicas impostas pelo representante máximo da coletividade, o Estado. O indivíduo, portanto, tem como estímulo a coação para agir em conformidade com a legislação jurídica, e como a fase interna está inserida somente no plano da consciência, a vontade da pessoa é irrelevante.

3.3.3 Críticas à Teoria da exterioridade

Ademais, deve-se analisar a teoria da exterioridade com certo cuidado, pois, conforme Tercio Sampaio, ela é muitas vezes pouco clara e frágil a certos argumentos⁵³.

O mesmo alerta é feito por Hart, quando afirma:

A mais famosa tentativa de veicular de forma sumária a diferença essencial entre elas é a teoria que assevera que, enquanto as regras jurídicas exigem apenas um comportamento "exterior" e são indiferentes aos motivos, intenções ou outros acessórios "interiores" da conduta, a moral, pelo contrário, não exige quaisquer ações externas específicas mas apenas a boa vontade ou as intenções adequadas ou o motivo apropriado. Isto equivale, na verdade, à afirmação surpreendente de que as regras jurídicas e as morais corretamente compreendidas não poderiam ter nunca o mesmo conteúdo; e, ainda que tal contenha uma sugestão de verdade, é, tal como está formulada, profundamente equívoca.⁵⁴

Inicialmente o Direito não se preocupa apenas com a fase exterior da conduta, na verdade a intenção do indivíduo possui seu valor ao Direito. No direito penal quando se investiga o dolo ou culpa do agente⁵⁵. No direito civil quando se questiona a existência da boa-fé ou má-fé, ou a verdadeira intenção nos negócios jurídicos, na anulação do casamento

⁵³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 350.

⁵⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 187.

⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 350.

por vício de vontade⁵⁶, na análise da existência de má-fé nos atos de improbidade administrativa, entre outros.

Do mesmo modo, embora a Moral esteja intrinsecamente ligada à consciência, é inegável que esta produz resultados externos e que não só possuem os outros como objeto, mas como sujeitos coatores, atos imorais são corriqueiramente reprovados, geram resposta de alguns ou da coletividades e, por conseguinte, sanções sociais (rotulações, isolamento, reprovação verbal, imposição de agressões físicas etc).

Além disso, a própria Moral é afeta ao resultado exterior, uma boa intenção pode corresponder a uma ação moralmente reprovável⁵⁷, até para próprio indivíduo que a pratica. Por exemplo, um estudante que considere errado prestar informações de forma fraudulenta a outro estudante durante algum exame, entretanto diante da intenção de auxiliar um amigo a ser aprovado em determinado exame (uma boa intenção) o faz (exteriorizada na forma de um ato imoral).

Hart, aponta uma brilhante interpretação da teoria da exterioridade, a qual Tercio também faz referência:

Apesar das dificuldades, algumas distinções podem, porém, ser reconhecidas e aceitas⁵⁸. Vejamos, em primeiro lugar, a questão da interioridade e da exterioridade. Apesar da objeção apontada, há uma diferença importante entre a norma jurídica e o preceito moral. Enquanto aquela admite a separação entre a ação motivada e o motivo da ação, o preceito moral sempre os considera solidariamente. Isto é, o direito pode punir o ato independentemente dos motivos -por exemplo, nos casos de responsabilidade objetiva - mas isto não ocorre com a moral, para a qual a motivação e a ação motivada são inseparáveis.⁵⁹

O autor inglês ensina que essa concepção, de que somente a moral esteja ligada ao exame da consciência, à fase interna da conduta, e de que o Direito se importa apenas com a conformidade entre conduta e norma, com o comportamento dito "externo", é errônea. Pois, em verdade, o Direito pode vir a se preocupar em alguns casos com as intenções, com a

⁵⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 661.

⁵⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 350.

⁵⁸ HART, 1961. p. 181 *apud* FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 350.

⁵⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 350.

vontade do indivíduo. O que, de fato, diferencia a Moral do Direito é que as intenções, as vontades sempre são levadas em conta em exames morais da conduta, enquanto no Direito isso nem sempre é verdade.

Essa é uma das quatro características apontadas por Hart como intrínsecas à Moral e que não são experimentadas pelo Direito, denominada por ele como o "caráter voluntário dos delitos morais": mesmo um indivíduo que pratique um ato contra a Moral, caso prove que agiu de forma não-intencional e apesar de ter tomado as devidas precauções, poderá ser moralmente desculpado, não sofrendo a censura moral. No Direito, embora em diversas situações a intenção, a vontade do indivíduo possa vir a ser analisada, existem outras em que a simples ocorrência do fato gera sua responsabilização, ou seja, nem sempre a vontade será levada em conta. O que é impensável no âmbito Moral.⁶⁰

Parece ser essa a correta interpretação da teoria da exterioridade. As ditas fases internas e externas não devem ser vistas de forma estanque, a formar um abismo intransponível separando Direito e Moral. Pois, o Direito pode sim vir a se ocupar com os elementos ditos "internos" da conduta, entretanto isso nem sempre ocorre, ao passo que na Moral, sim.

É nesse mesmo sentido, a conclusão de Reale, quanto à teoria da exterioridade:

Não discrepa desse entendimento Gustav Radbruch, quando assim situa a questão: "Não há, pode dizer-se," escreve o antigo mestre de Heidelberg, "um único domínio da conduta humana, quer interior, quer exterior, que não seja suscetível de ser ao mesmo tempo objeto de apreciações morais e jurídicas. Todavia — note-se — aquilo que a princípio parece ser uma distinção de objeto entre a Moral e o Direito, pode manter-se ainda, mas como uma distinção entre duas direções opostas dos seus respectivos interesses. Isto é: a conduta exterior só interessa à Moral na medida em que exprime uma conduta interior; a conduta interior só interessa ao Direito na medida em que anuncia ou deixa esperar uma conduta exterior"⁶¹.

Se o ato é indecomponível, ocorre apenas uma diferença de direção na maneira de apreciá-lo. É que o moralista examina a exteriorização do ato para melhor caracterizar a intenção, seu objetivo último, ao passo que o jurista visa caracterizar um ato exterior em face de um sistema jurídico

⁶⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 193.

⁶¹ GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, cit., pág. 56 *apud* REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 669.

positivo de normas e, para ajustá-lo melhor a esse sistema, indaga da intenção do agente.⁶²

Não obstante o abandono afetivo seja uma conduta primordialmente da seara moral, por implicar uma ação contrária aos deveres morais pertinentes aos pais em relação aos filhos, ele atualmente é objeto de interesse do Direito.

Assim, o abandono afetivo quando objeto da Moral estará sempre interligado com a consciência do indivíduo. Pois esse é o enfoque da Moral: a intenção, a vontade do sujeito.

Já no Direito, o enfoque está na análise confrontativa entre o ato exterior e a norma jurídica, o que não impede o estudo da intenção para qualificar ou até mesmo desqualificar aquela conduta.

Dessa forma, quanto ao abandono afetivo, tem-se que, embora seja confrontado inicialmente como uma questão moral, a qual se interessa pela expressão da conduta interior, pode sim vir a se objeto do Direito, cuja análise primeira será relativa à exteriorização da conduta, verificar-se-á a existência do dano jurídico (a ser conceituado no capítulo seguinte), entretanto, a conduta interna, terá também sua importância ao Direito nesse caso (será visto sua relevância, em especial no pertinente aos significados de ato ilícito e culpabilidade, igualmente matérias do próximo capítulo deste trabalho).

O abandono afetivo é conduta que se exterioriza pela inação afetiva do pai ou da mãe em relação a criança, ocasionando a violação de direitos dela que são ou ao menos deveriam ser juridicamente protegidos. Entretanto, a ausência volitiva pode desqualificar tal ato, por exemplo, um pai que desconheça sua paternidade, ou uma mãe que sofra de uma doença que a impede de conviver com seu filho, hipóteses em que, embora o ato exterior sugira o abandono afetivo, sua fase interna poderá desqualificá-lo como tal (tais hipóteses serão mais bem tratadas adiante, quando forem abordados os conceitos de ato ilícito, culpa, dano e danos morais).

3.4 Autonomia e Heteronomia

⁶² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 669.

Outro critério distintivo presente na teoria Kantiana diz respeito à autonomia e heteronomia⁶³. Para Bobbio, esse seria o 3º critério de diferenciação presente na obra de Kant, e o primeiro dos dois critérios implícitos⁶⁴, tendo em vista que os dois anteriores já tratados aqui e relacionados com o binômio interno/externo eram explícitos em sua visão.

A autonomia seria elemento pertinente à moral que possibilita o cumprimento de suas regras pela própria vontade pura do agente, é a existência de uma vontade autônoma em agir com conformidade àquelas leis morais, inexistente um fim ou objetivo ao proceder desta maneira. Nas palavras de Bobbio e Reale, respectivamente, autonomia é:

Essa definição é por si mesma muito clara: se por autonomia se entende a faculdade de dar leis a si mesmo, é certo que a vontade moral é por excelência uma vontade autônoma; porque, como já muitas vezes foi dito, a vontade moral é aquela, segundo Kant, que não obedece a outra lei a não ser à lei moral e não se deixa determinar por inclinações ou cálculos interessados. Lembremos também que essa definição de autonomia coincide com a definição dada por Rousseau à liberdade, entendida como a obediência à lei que cada um prescreve para si mesmo. (...)

Segundo Kant, a vontade moral ou é autônoma ou não é moral: qualquer objeto que determine a vontade de maneira heterônoma tira à vontade e a ação que derivam disso a qualidade de moral. Todos os sistemas morais tradicionais que colocaram como fim da vontade humana a perfeição, ou a felicidade, ou qualquer outro bem, são ilegítimos: não entenderam o caráter profundo e autêntico da moralidade.⁶⁵

Na doutrina de Kant, autonomia indica a exigência suprema que existe no plano moral de uma adequação ou de uma conformidade absoluta entre a regra e a vontade pura do sujeito obrigado. Quando um indivíduo age de tal sorte que a vontade da lei se torna a vontade dele mesmo, enquanto sujeito universal, temos um ato moral. A moralidade realiza-se, pois, como autonomia, que é o dever e a possibilidade que a vontade tem de pôr a si mesma a sua lei. Ditar a própria lei, não no sentido de que a lei deva ser materialmente elaborada pelo próprio agente, mas no sentido de que ele a reconheceu, a tornou sua, em virtude de identificação absoluta entre a vontade pura e o enunciado da regra moral.

Se obedecermos a uma regra moral visando a outros fins além daqueles que nela se contêm, nosso ato não é de moralidade pura. Se nos

⁶³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 658. "Mas, se Kant merece nosso reparo por ter, de certa maneira, exagerado o aspecto exterior e coercitivo do Direito, devemos também reconhecer que nos apresenta outro critério de grande significado, graças à sua teoria da autonomia e da heteronomia, cuja rigorosa compreensão exigiria mais apurado estudo de sua Ética."

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 101.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 102 e 103.

manifestarmos fiéis às regras morais, por interesse, para nos mostrarmos virtuosos perante os outros, por vaidade, em mero conformismo exterior, nossa conduta está inquinada de um vício que a compromete em sua essência.⁶⁶

A autonomia reside, portanto, na conformidade da intenção pura com a regra prescrita para si próprio e válida universalmente para todos. A regra moral prescinde de um fim ou vantagem, deve ser cumprida porque é exigível por si mesma. O que, em oposição, tem um fim, implica numa intenção de atingir ou evitar algo, é a heteronomia, a vontade heterônoma não é pura, está ligada a impulsos externos que não o simples e puro cumprimento da lei.⁶⁷

Para Bobbio, ao passo que a moral exige autonomia, o Direito está intimamente ligado à heteronomia:

Que se considere o direito seja como legalidade, seja como liberdade externa (segundo as duas definições explícitas ilustradas anteriormente), acreditamos que a vontade jurídica possa ser considerada somente como vontade heterônoma. Na condição de legalidade, a vontade jurídica se diferencia da vontade moral pelo fato de poder ser determinada por impulsos diversos do respeito à lei: e esta é de fato a própria definição da heteronomia. Para o direito não é importante que eu cumpra a ação prescrita, a fim de satisfazer um interesse meu, uma vez que está bem claro que também a ação mais honesta, cumprida por interesse, não é mais, por isso mesmo, uma ação moral. Na condição de liberdade externa, a vontade jurídica se diferencia da vontade moral, porque provoca nos outros titulares de igual liberdade externa o poder de me obrigar e, portanto, é perfeitamente compatível, como veremos melhor mais adiante, com a coação: mas, mais uma vez, uma vontade determinada pela coação é uma vontade heterônoma, uma vez que é bem claro que a ação mais honesta, quando cumprida por medo da punição, não é mais uma ação moral.⁶⁸

Já Miguel Reale discorda desta posição. Para ele, a moral é, de fato, sempre autônoma, não possuindo outros fins que não si mesmo. Os atos que contenham outras finalidade não podem ser morais⁶⁹.

⁶⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 658.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 103.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 103.

⁶⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 660.

Há, portanto, incompatibilidade com a heteronomia, que por sua vez é o mínimo exigível pelo Direito. No entanto, pode existir Direito com autonomia, pois é possível o seu cumprimento, havendo correspondência entre a "vontade da lei" e a "vontade do obrigado"⁷⁰.

Seu entendimento está em consonância com a crítica que faz a Kant é relação a caracterização do elemento coercitivo do direito. Para ele, tanto a coação quanto a heteronomia são apenas possibilidades verificáveis no Direito, mas nem sempre presentes.

Para o autor, a heteronomia é o "mínimo exigível pelo Direito", tendo inclusive, citando Radbruch, afirmado que "é inevitável o caráter de heteronomia em toda e qualquer ordem jurídica"⁷¹. Entretanto, a seguir afirma que "a heteronomia, como a coação, é uma simples possibilidade: não é dito que o Direito seja sempre e necessariamente heterônomo"⁷².

Essa contradição é apenas aparente, explica-se: o autor considera, que o mínimo esperado pelo Direito é que a conduta humana esteja compatível com o regramento jurídico, independente da adesão íntima, da pureza de intenção, e nada impede que além da conformidade entre a ação e a "vontade da lei", exista também a vontade pura do agente em agir daquela forma, em outras palavras, não existe impedimento a uma possível "autonomia".

Em outras palavras, uma conduta legal será no mínimo heterônoma, mas poderá ser autônoma. Lembrando que por se tratarem de conceitos imiscíveis, não há como falar-se em uma conduta autônoma e heterônoma ao mesmo tempo.

Já a conduta moral será sempre autônoma, não podendo ser nunca heterônoma. Ao passo em que o Direito pode ser heterônomo ou autônomo.

Exemplificativamente, é comum atualmente presenciar a conduta de alguns pais que efetuam o pagamento regular de prestações pecuniárias referentes a alimentos, mas tão somente pela exigência legal em fazê-lo. Tal conduta é legal e tão somente heterônoma, pois o pagamento se dá por eles objetivarem a não ocorrência de prisão civil por inadimplemento da pensão alimentícia, e não por terem a íntima convicção de ser esta atitude exigível por si mesma.

Carecem, portanto, tais atos de autonomia, pois esta implica vontade pura. Nesses casos é verificável o contrário, ou seja, ações direcionadas por impulsos desvaliosos, almejando a aferição de vantagens ou obstruir a ocorrência de prejuízos.

⁷⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 662 e 663.

⁷¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 662.

⁷² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 663.

Por outro lado, sabemos que existem pais que cuidam e educam os filhos com afeto, amor, carinho, não lhes deixando passar necessidades conforme suas possibilidades financeiras, e eles agem, em geral, de forma legal e moral, pois seus atos independem de outros fins que não eles próprios, encerram fins em si mesmos. Esses indivíduos agem desta maneira por crerem ser o correto, com a intenção pura de fazê-lo, com autonomia, e simultaneamente cumprem com seus deveres legais, suas condutas autônomas também se conformam com as normas juridicamente impostas, expressam, portanto, conduta concomitantemente moral e legal pelos respectivos motivos.

3.5 Imperativos categóricos e hipotéticos

O último dos critérios presentes em Kant diz respeito aos imperativos categóricos e hipotéticos.

O conceito de imperativo permeia a moral kantiana, traduz a ideia de liberdade humana na visão de Kant, segundo a qual o indivíduo é livre não por poder agir de qualquer maneira, mas é livre para poder dever agir conforme sua consciência o ordena, é livre porque deve⁷³. E a própria palavra dever é expressão do conceito de imperativo, expressão que conecta uma determinada lei objetiva da razão a vontade subjetiva⁷⁴, "o homem deve agir de tal maneira", ou "o homem deve agir de tal maneira, porque...", em outras palavras os imperativos são comandos ou proibições⁷⁵.

Como já visto, as leis podem ser seguidas por vontade pura do ser ou sua vontade pode ser influenciada por impulsos externos que o fazem agir desta ou daquela maneira.

Quando a vontade é determinada exclusivamente pela lei objetiva da razão, sendo a ação por si mesma exigível, fala-se em imperativo categórico. Nas palavras de Kant:

Um imperativo categórico (incondicional) é aquele que representa uma ação como objetivamente necessária e a torna necessária não indiretamente através da representação de algum fim que pode ser atingido pela ação, mas através da mera representação dessa própria ação (sua forma) e, por conseguinte, diretamente. Nenhuma outra doutrina prática é capaz de

⁷³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 659 e 660.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 104.

⁷⁵ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 1. ed. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. p. 64.

fornecer exemplos de tais imperativos, exceto aquela que prescreve a obrigação (a doutrina dos costumes).⁷⁶

Desta forma, o imperativo categórico expressa um dever que é diretamente exigível, não se buscando uma finalidade que justifique agir de tal modo, ou que induza agir assim, tão somente o dever é que torna a ação necessária, daí sua incondicionalidade.

Bobbio, define os imperativos categóricos opondo-os aos hipotéticos, esses prescrevem ações em que se almeja um certo fim, já aqueles prescrevem ações boas por si mesmas.⁷⁷ Do mesmo modo Reale, que afirma:

São imperativos categóricos aqueles que, de maneira imediata, prescrevem uma ação como sendo por si mesma objetivamente necessária, e não como simples meio para se atingir certo fim.⁷⁸

Já os imperativos hipotéticos são condicionais, não são por si mesmo exigíveis, mas meios de para se atingir certo fim. Age-se de tal forma para conseguir aquilo.⁷⁹

Kant⁸⁰, Reale⁸¹ e Bobbio⁸² reconhecem que a moral é composta apenas por imperativos categóricos. Isso se dá inclusive pelo seu caráter de autonomia, anteriormente debatido, sempre autônoma, sempre será prescrita por imperativos categóricos.

E o Direito? Muito embora, Kant não afirme expressamente isto⁸³, é logicamente aferível que o Direito seja composto por imperativos hipotéticos, inicialmente por ser, segundo Bobbio⁸⁴, heterônomo, logo condicional, pois não exprime deveres exigíveis por si mesmos, mas exprime finalidades a serem atingidas em se agir conforme aquela forma prescrita. Do mesmo modo, Reale acredita que o Direito está alocado em imperativos hipotéticos:

⁷⁶ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 1. ed. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. p. 65.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 105.

⁷⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 659.

⁷⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 659.

⁸⁰ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 1. ed. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. p. 64.

⁸¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 659.

⁸² BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 106.

⁸³ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 106.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 106.

O Direito é eminentemente técnico e instrumental. Toda norma jurídica é instrumento de fins, que se não situam no âmbito da norma mesma; não há nenhuma finalidade intrínseca ou inerente à própria regra: sua finalidade é a segurança geral, a ordem pública, a coexistência harmônica das liberdades etc.⁸⁵

Muito embora, esses autores tenham delimitado de forma oposta os imperativos categóricos e hipotéticos, e, além disso, relacionado a Moral com os primeiros e Direito com os segundos, ainda assim é vislumbrável a tutela do Direito sobre uma conduta ditada por um imperativo categórico.

De fato, o Direito enuncia normas que além de terem finalidades específicas, têm minimamente uma finalidade intrínseca e implícita que é a preservação social, destacando-se o fim de zelar pela sociedade em que está inserido, manter a ordem, o bem-estar social, garantir sua continuidade. Entretanto, o Direito não exige que os indivíduos compartilhem tal finalidade, nem as finalidades explícitas e específicas de suas normas, exige minimamente que haja conformidade entre as condutas e suas regras.

Assim, muito embora os imperativos hipotéticos sejam condicionais, expressem um fim, eles não exigem que o agente compartilhe o desejo por aquela finalidade que lhe é inerente, mas tão somente que o dever enunciado seja cumprido. Desta forma, pode-se vislumbrar que ao cumprir determinado imperativo categórico seja também cumprido um imperativo hipotético.

Quando o titular do poder familiar cuida e zela do filho com afeto e amor, garantindo favoráveis condições ao seu desenvolvimento, por ter a vontade pura em fazê-lo e por acreditar ser isto exigível por si mesmo, está seguindo um imperativo categórico e ao mesmo tempo um hipotético que tem como fim a preservação da sociedade (finalidade geral). Mesmo que o indivíduo não tenha essa intenção, bem como não esteja fazendo isso para não ser condenado futuramente a uma reparação civil (finalidade específica), ele agiu legalmente.

Ser o Direito instrumento de fins e, portanto, composto de imperativos hipotéticos, não o impede de ser afetado por condutas humanas movidas por imperativos categóricos. Condutas morais podem satisfazer o Direito, assim como tirá-lo da inércia.

⁸⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002. p. 660.

3.6 Distinções e conexões em Hart

Inicialmente, Hart considera que elementos derivados de ideias de ordem, ameaça, obediência, hábitos e generalidade distorcem aspectos característicos do Direito, de maneira que ao se objetivar a elucidação dos aspectos distintivos dele como meio de controle social em relação aos demais, deve-se afastá-lo dos elementos acima citados.⁸⁶

É conhecida a afirmação de que entre Direito e Moral existe uma conexão, e ela deve ser um dos pontos centrais no estudo do Direito. Dela derivam diversas interpretações, entre as quais uma das mais claras é a associada à tradição tomista do Direito Natural, a qual possui dupla afirmação: 1 - "há certos princípios de verdadeira moral ou justiça, passíveis de descoberta pela razão humana sem o auxílio da revelação, ainda que tenham uma origem divina" 2- "as leis elaboradas pelos homens que contrariam estes princípios não são direito válido".⁸⁷

Entretanto, daquele ponto central inicial (que afirma existir uma conexão entre Direito e Moral) existem variantes distintas da descrita acima. Algumas, por exemplo, não consideram a moral como princípios imutáveis de conduta, ou passíveis de serem descobertas pela razão, mas sim como expressão de atitudes humanas em relação a conduta e, por isso, poderiam variar de acordo com a sociedade, época, indivíduo.

Tais teorias divergentes da supracitada teoria tomista, discordam também da segunda afirmação, pois consideram que o conflito entre Direito e Moral, não é suficiente para privar a regra do seu estatuto de Direito. Conforme tais teorias, para o sistema jurídico existir, deve haver um reconhecimento amplamente difundido, ainda que não universal, de uma obrigação moral de obedecer ao Direito, embora exista a possibilidade (e não a regra) de não se obedecer a leis concretas moralmente iníquas⁸⁸. Como bem observa Tercio Sampaio, reforçando tal entendimento:

⁸⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 169.

⁸⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 170 e 171.

⁸⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 171.

E aí repousa, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade da moralidade em face do direito. É possível implantar um direito à margem ou até contra a exigência moral de justiça. Aí está a fragilidade.⁸⁹

Já Habermas, acredita que, embora o direito não esteja subordinado à moral, exista uma relação entre eles de tal modo que o primeiro só possui legitimidade quando não contraria os princípios morais.⁹⁰

Não obstante a existência de relação entre Direito e Moral, como será visto a seguir, parece ser forçoso afirmar que o Direito perde validade ou legitimidade pela não observância de princípios morais, muito embora mesmo leis e decisões maculadas de imoralidade ou injustiça permaneçam válidas do ponto de vista jurídico e produzindo seus efeitos concretos.

A conexão entre Direito e Moral perpassa por duas questões principais, a primeira diz respeito à distinção da esfera geral da moral da ideia específica de justiça; a segunda trata das características distintivas das regras morais, as quais se diferenciam não apenas das jurídicas, mas de todas as outras regras de conduta sociais.⁹¹

Aqui, será tratada primeiramente as similaridades entre Direito e Moral, depois as distinções e finalmente a ideia de justiça.

3.6.1 Similaridades entre Direito e Moral

Mas como iniciou-se este capítulo, vale frisar que a justiça é apenas segmento da moral, não exaurindo este último termo por completo, que é muito mais amplo, complexo e impreciso. Ademais, mesmo que se delimitasse que certas regras ou princípios pertencem à moral de forma indubitável ou inquestionável, ainda, assim, restaria um desacordo filosófico relativo ao seu estatuto ou a relação que guarda com o resto do conhecimento e experiências humanas (os princípios morais são imutáveis e apenas aguardam a descoberta humana, ou são expressões de realidades mutáveis?).⁹²

⁸⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 352.

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 140 e 141.

⁹¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 171.

⁹² HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 182 e 183.

Nas sociedades em que houve a formação de um sistema jurídico, são encontradas entre as regras não-jurídicas algumas a quais foram atribuídas uma maior relevância, importância em relação as demais, são as regras morais. Essas, apesar das diferenças em relação às jurídicas, apresentam muitas semelhanças.⁹³

E tais distinções entre Direito e Moral podem ser definidas e delimitadas, muito embora emane esforço e enfrente dificuldades.⁹⁴

Antes de tratar das distinções é importante vislumbrar que o Direito e a Moral compartilham elementos semelhantes que em muito os aproximam, quando não os sobrepõe, eles abarcam em muitos casos condutas idênticas que podem ser objetos de ambos.

Para Hart, tanto um quanto o outro são vinculativos (independem do consentimento dos indivíduos), a sociedade impõe suas regras, sustentando-a por uma "pressão social séria"⁹⁵. Diferentemente de outros autores que acreditam ser a Moral imune a coação, a fatores externos, e que consideram a consciência do indivíduo o único juiz moral de sua conduta, Hart acredita que a moral é imposta e cobrada pela sociedade, e caso não haja correspondência entre a conduta e suas regras, o indivíduo pode sofrer consequências. Existe ainda uma pressão social para que ele aja em conformidade com a moral social.

Ademais, em ambos o cumprimento das regras é uma obrigação que não rende elogios, é o mínimo que se espera dos indivíduos⁹⁶. A sociedade espera que todos ajam de acordo com suas normas jurídicas e morais. É a exigência mínima feita por essas duas esferas, e enquanto a infringência pode muitas vezes levar a sanções ou coações, o cumprimento das regras só tem como "vantagem" a inércia social, ou seja, não haver coação.

Os dois regram o comportamento em situações geralmente corriqueiras, que se repetem na vida das pessoas ao longo da vida⁹⁷. De fato a vida prática é pontuada por diversas regras tanto morais como jurídicas, no dia-a-dia é perceptível a incidência desses dois institutos, que recaem muitas vezes sobre uma mesma conduta, inúmeras situações rotineiras são objetos da Moral e do Direito.

⁹³ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 185.

⁹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 350.

⁹⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 185 e 187.

⁹⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 187.

⁹⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 187.

E por fim, por meio de suas regras, o Direito e a Moral almejam precipuamente garantir a convivência do grupo social. É dizer, possuem uma finalidade intrínseca que é a preservação social. Aqui mais uma vez apresenta-se uma divergência entre alguns pensamentos anteriormente apresentados, pois a ideia de imperativo categórico implica a pureza de intenção, são regras que não apresentam uma finalidade externa, são exigíveis por si mesmas, mas, para Hart, a própria moral encerra uma finalidade, garantir a convivência do grupo social. Essa noção vai de encontro com a pureza de intenção e ausência de finalidade externa presentes nos conceitos de imperativo categórico e autonomia.

Para Hart, portanto, o Direito e Moral apresentam elementos comuns que os aproximam, em suas palavras:

Em qualquer comunidade há uma sobreposição parcial de conteúdo entre obrigação jurídica e a moral; embora as exigências das regras jurídicas sejam mais específicas e estejam rodeadas por exceções mais detalhadas do que as correspondentes regras morais.⁹⁸

Em consonância ao enunciado acima está Tercio que reconhece a similaridade entre eles, mas ressaltando a existência de elementos distintivos:

Primeiramente, é preciso reconhecer certa similaridade entre normas jurídicas e preceitos morais. Ambos têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual. Ambos são elementos inextirpáveis da convivência, pois, se não há sociedade sem direito, também não há sociedade sem moral. Não obstante isso, ambos não se confundem, e marcar a diferença entre eles é uma das grandes dificuldades da filosofia do direito.⁹⁹

3.6.2 Elementos distintivos da Moral

⁹⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 185.

⁹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 349.

Entretanto, apesar das inúmeras semelhanças, a moral possui características que não são compartilháveis com o Direito, nem com qualquer outro conjunto de regras sociais.¹⁰⁰

São quatro as características intrínsecas à Moral não experimentadas pelo Direito:

1) Importância - todas as regras morais são revestidas de grande importância e possuem grande relevância social. Em contrapartida, nem todas as regras do Direito e demais regras sociais são revestidas de grande importância; existem regras desimportantes, o que não ocorre na Moral.

A importância das regras morais, para Hart:

Manifesta-se por muitos modos: em primeiro lugar, no simples fato de que os padrões morais são mantidos contra o assalto de fortes paixões que eles restringem e à custa do sacrifício de interesses pessoais consideráveis; em segundo lugar, nas formas sérias de pressão social exercida, não apenas para alcançar a observância nos casos individuais, mas para garantir que os padrões morais sejam ensinados ou comunicados como algo que se dá por assente a todos os membros da sociedade; em terceiro lugar, no reconhecimento geral de que, se os padrões morais não fossem geralmente aceitos, ocorreriam desagradáveis alterações de largo alcance na vida dos indivíduos.¹⁰¹

2) Imunidade à alteração deliberada - as regras morais, diferentemente das jurídicas, não podem ser modificadas ou revogadas por simples ato legislativo intencional. Podem até ser modificadas, mas não desta forma, como são as regras jurídicas.¹⁰²

Cabível aqui uma observação pertinente de Tercio Sampaio:

Uma terceira possibilidade estaria em distinguir direito e moral pelo fato de que normas jurídicas passam a existir por deliberação e promulgação, ao passo que os preceitos morais desconhecem essa exigência. A fórmula "esta lei entra em vigor na data da sua publicação" não tem qualquer sentido para preceitos morais. Não obstante isso, é preciso reconhecer que, no caso

¹⁰⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 188.

¹⁰¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 188.

¹⁰² HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 190 a 193.

das normas costumeiras, estamos diante de normas jurídicas para as quais não há também deliberação e promulgação.¹⁰³

3) Caráter voluntário dos delitos morais - mesmo um indivíduo que pratique um ato contra a Moral, caso prove que agiu de forma não-intencional e apesar de ter tomado as devidas precauções, poderá ser moralmente desculpado, não sofrendo censura. No Direito, embora em diversas situações a intenção e vontade do indivíduo possa vir a ser analisada, existem casos em que a simples ocorrência do fato gera sua responsabilização, nem sempre a vontade será levada em conta.¹⁰⁴

Como já visto anteriormente, esta parece ser a correta apreciação da teoria da exterioridade, em que se admite que o Direito venha a se preocupar com as intenções, as vontades do indivíduo. Sendo que o elemento diferenciador da Moral seria o fato de que as intenções ou vontades sempre são levadas em conta nos exames morais da conduta, ao passo que no Direito isso nem sempre é verdade, a análise do caráter voluntário da conduta não é regra para esse último.

4) A forma de pressão moral, tipicamente a pressão moral é exercida através da lembrança da natureza moral de suas regras, e por isso, é importante segui-las. Já a pressão jurídica é tipicamente de ameaças de castigos ou consequências más em resposta ao descumprimento de suas regras. Obviamente, a ameaça não é exclusividade do Direito, nem a lembrança de ser necessário o respeito as próprias regras é exclusiva da Moral, mas sim suas formas típicas de pressão.¹⁰⁵

Para Hart, a moral não se encerra apenas na fase interna da conduta humana, em que somente a própria consciência é capaz de julgá-la. Fatores externos influenciam a moral, ela é suscetível de pressão social. Entretanto, sua pressão típica é a lembrança de suas regras, exemplificativamente, quem abandona afetivamente o filho poderia sofrer uma pressão moral que afirme ser a atitude errada, pois a moral exige que os pais amem e deem carinho aos filhos. Em contrapartida, no Direito a pressão toma comumente a forma de ameaças castigos, se houver abandono afetivo, como consequência poderá haver condenação a reparação civil pelos danos causados.

¹⁰³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 350.

¹⁰⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 193 a 195.

¹⁰⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 195 e 196.

Distinção similar é apresentada por Tercio¹⁰⁶, que também tem como enfoque a instância de reprovação dos atos pela Moral e pelo Direito, sua conclusão é de que as sanções morais não são conteúdo de seus preceitos, ao passo que compõem o conteúdo das normas jurídicas. De fato, as sanções morais não são prescritas dentro de suas regras, muitas vezes as sanções são até imprevisíveis, embora a forma típica seja a lembrança da regra, existem outras formas de pressão moral, já no Direito as sanções são previstas.

Pelas aproximações e distinções apresentadas, pode-se afirmar com segurança que embora Direito e Moral sejam distinto, podem ambos ter como objeto uma mesma conduta. Sendo pela interpretação do sistema jurídico que se delimitará quais questões morais são juridicamente relevantes e capazes de mover o Judiciário. Obviamente mesmo que uma conduta possa ser analisada tanto juridicamente, quanto moralmente, tais análises serão distintas. Desta forma, entendendo-se poder ser o abandono afetivo questão afeta tanto à Moral, quanto ao Direito, não se pode confundir o julgamento jurídico com o moral.

3.6.3 Justiça

Parte-se, portanto, à definição da esfera da justiça, a qual é um distinto segmento da moral, um segmento específico e que está diretamente relacionado à noção de equidade. Os termos "justo" e "injusto" são termos mais específicos que "mau" e "bom", enquanto esses podem ser usados para adjetivar de forma geral qualquer ação ou sujeito, aqueles carecem de uma análise contextual, de que forma os ônus e benefícios estão sendo ali distribuídos, por isso, estão relacionados à noção de equidade, que exigem uma análise não individual, mas coletiva acerca da distribuição de encargos e benefícios. A justiça se ocupa primariamente, não com a conduta individual, mas como os modos por que são tratadas as classes de indivíduos, com base nas suas posições relativas de igualdade ou desigualdade.¹⁰⁷

Em outras palavras, as críticas feitas pela utilização das palavras: "justo" e "injusto", podem ser feitas praticamente de igual modo através do uso das palavras "equitativo" e "não equitativo". E a essa noção de equidade estariam relacionadas principalmente duas situações

¹⁰⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 350. "Também quanto à instância de reprovação dos atos, algo pode ser reconhecido. Pelo menos, podemos dizer que as sanções morais nunca são conteúdo de seus preceitos, ao passo que normas jurídicas são caracterizadas por prescreverem expressamente suas sanções."

¹⁰⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 172 e 173.

da vida social: a primeira diz respeito a distribuição de ônus ou benefícios entre as classes de indivíduos, e a segunda é verificável nos casos em que um dano causado exige indenização. Não obstante existam outras situações relacionadas a essa noção, são essas duas as principais referências relevantes na visão de Hart.¹⁰⁸

Para o supra citado autor, a máxima "tratar da mesma maneira os casos semelhantes e diferentemente" é ideia central quando se trata de justiça. Entretanto, a afirmação é por si só incompleta e, até ser completada, não há como se determinar que caminho a conduta humana deve tomar, pois os indivíduos e as próprias sociedades são distintos em vários aspectos, logo o que é relevante pra algum indivíduo não é para outros. Assim, é dentro do contexto social que se estabelecem quais semelhanças e diferenças são relevantes e, a partir de então, pode-se preencher a fórmula da equidade.¹⁰⁹

Os critérios de semelhança e diferença variam de acordo com o indivíduo, sociedade e época. As discriminações ou igualações devem partir de fundamentos relevantes.

Deve-se, assim, antes de aplicar a fórmula da justiça ("tratar da mesma maneira os casos semelhantes e diferentemente") determinar que semelhanças e diferenças na sociedade são relevantes para, então, poder utilizá-la de forma completa. Podendo criticar leis, decisões e fatos sociais pelos termos de "justo" ou "injusto".

Por fim, voltando-se à análise das duas situações que servem de referência ao conceito de equidade, pode-se atribuir às leis de um modo geral (e não sua aplicação concreta) as características de justas ou injustas a partir da observação da distribuição de encargos ou benefícios entre os indivíduos (que será calcada no critério de relevância). Tal distribuição estabelece uma conexão entre o que é justo ou não e o preceito central da justiça (fórmula da equidade, "tratar da mesma maneira os semelhantes e diferentemente os diferentes").¹¹⁰

Entretanto, ao analisar-se uma indenização por danos causados, não se tem uma conexão tão direta. Nesses casos, para Hart, pode-se considerar haver injustiça nos dois casos seguintes: quando são estabelecidos privilégios não equitativos (por exemplo, apenas determinada classe de pessoas pode exercer ação por injúria, ou nenhuma pessoa branca pode ser responsabilizada por violação de direitos); ou ainda quando abstêm-se em absoluto de

¹⁰⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 172 e 173.

¹⁰⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 174.

¹¹⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 176 e 178.

oferecer remédio para certos danos causados por uma pessoa a outra, mesmo que se considerasse moralmente devida a indenização. Nesse segundo caso, o vício deriva do impedimento geral a todos de obter tal indenização, não se tratando, portanto, de má distribuição, ou de estabelecimento de privilégios, mas a privação total a qualquer um de ter reparado um dano sofrido.¹¹¹

O não reconhecimento da possibilidade de reparação civil por abandono afetivo, reproduzido sistematicamente pela jurisprudência nacional nos últimos anos, parece se encaixar nessa hipótese, pois há de certo modo um impedimento geral de obtenção da indenização nesses casos, advindo do entendimento de não ser o abandono afetivo indenizável, mesmo havendo claros danos (lesão a interesses juridicamente protegidos) decorrentes dessa conduta.

A partir do momento que a sociedade reconhece a relevância da necessidade dos cuidados na infância, devido a necessidade de afeto inerente a todo ser humano, em especial na fase de desenvolvimento (infância e adolescência), deve-se buscar meios de suprir as desigualdades originadas pelo abandono afetivo, que inegavelmente pode ocasionar danos aos indivíduos afetados, além de infringir direitos e deveres.

É certo que se há pretensão de buscar a justiça nesse caso, deve o Direito, ao reconhecer a relevância da situação em apreço, utilizar tal critério para completar a fórmula da equidade e combater a injustiça consistente na abstenção geral de oferecer remédio aos danos ilegalmente causados pelo abandono afetivo.

Como já observado, o Direito não depende necessariamente de justiça, é possível a ocorrência de decisões injustas, leis injustas, sem implicar, entretanto, na perda da validade jurídica.¹¹²

¹¹¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 178 e 179.

¹¹² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 352. "O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. Como, no entanto, é possível às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com seu direito".

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DANO MORAL E O ABANDONO AFETIVO

4.1 A dignidade da pessoa humana e a responsabilidade civil

Ao se falar na responsabilização civil em decorrência do abandono afetivo é necessário entender inicialmente que esse tema, embora inicialmente pertinente à esfera moral, devido sua já reconhecida relevância e consequências sociais (pois o abandono afetivo não impõe resultados exclusivamente individuais, mas que ecoam por toda a sociedade) deve ser também debatido na esfera legal, pois é diretamente afeto à dignidade da pessoa humana.

Ora como já ficou demonstrado no capítulo inicial, o abandono afetivo tem a capacidade de criar inúmeros transtornos individuais. Crianças e adolescentes submetidos a esse tipo de situação tem seu desenvolvimento psicofísico afetado, gerando riscos a sua saúde física e mental. É a própria Constituição Federal, quem elenca como dever da família, da sociedade e do Estado garantir às crianças e aos adolescentes seus direitos, conforme seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹¹³

Impelir medidas que busquem coibir e punir a prática do abandono afetivo, bem como amparar os abandonados é defender o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana¹¹⁴. A qual, por sua vez, tem relevância, atualmente, não apenas no Direito Constitucional, como também no próprio Direito Civil. Como bem acentua Othon de Azevedo Lopes:

¹¹³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;"

O novo Código Civil, ao iniciar sua parte geral, pela personalidade, capacidade e direitos de personalidade deixou muito clara a relevância da dignidade da pessoa humana para o direito civil. Ao enunciar em seu artigo 1º que toda pessoa é capaz de direito e deveres na ordem civil consagrou a pessoa humana como um sujeito de direito universal, positivando novamente o desdobramento mais difundido de tal princípio nas democracias ocidentais.

No âmbito do direito constitucional, desde a Lei Fundamental de Bonn, tem sido tradição dos Estados Democráticos de Direito erigir a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos. Após a redemocratização em 1988, como não poderia deixar de ser, a Constituição Brasileira em seu art. 1º, III erigiu a dignidade da pessoa como um dos pilares da República Federativa do Brasil.¹¹⁵

Nesse mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes e Anderson Schreiber enunciam:

Mesmo a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República no art. 1º, III, da CF, dispositivo inicialmente observado com ceticismo, hoje é reconhecidamente uma conquista determinante e transformação subversiva de toda a ordem jurídica privada. De fato, a escolha do constituinte ao elevá-la ao topo do ordenamento alterou radicalmente a estrutura tradicional do direito civil na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais.¹¹⁶

(...) o reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana representa uma autêntica revolução. A consagração da dignidade humana como valor fundamental nas constituições do último século, associada à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas(...)¹¹⁷

Na seara da dignidade da pessoa humana, primordial é entender que o seu conceito está intimamente conectado a outro já trabalhado no capítulo anterior, o de autonomia. A dignidade da pessoa humana, implica em entender o homem como um fim em si mesmo¹¹⁸,

¹¹⁵ LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil*. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, v. 238, out/dez, 2004, p. 207.

¹¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. *Direito, estado e sociedade*, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 234.

¹¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 90 e 91.

¹¹⁸ LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil*. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, v. 238, out/dez, 2004, p. 210. "Sinteticamente, pode-se dizer que o cerne da dignidade da pessoa humana em Kant seria considerar o homem universalmente, em função de sua autonomia, como um fim em si mesmo e por isso como um valor sem equivalente e inapreciável."

mas não apenas isso, é imperioso do mesmo modo perceber que esta autonomia deve ser exercida em sociedade. De forma clara, explica Othon de Azevedo Lopes:

A autonomia é uma idéia central na dignidade da pessoa humana. Não se pode, porém, esquecer que a autonomia exerce-se em sociedade. Por isso, a necessidade de um reino de fins em que todas as autonomias se conectam por edição individual de leis universalmente e reciprocamente válidas, de modo que cada um não persegue os seus fins, mas ao de todos os outros. Só há verdadeira autonomia e, portanto, respeito da dignidade humana quando a ação individual leva em consideração todos os outros como fins mesmos.¹¹⁹

Desta forma, a dignidade da pessoa humana ao mesmo tempo em que enuncia ser o homem um fim em si mesmo, impõe aos indivíduos que essa ideia de autonomia seja percebida em sociedade, ou seja, considerando que os outros também são fins em si mesmos e devendo se buscar esses fins universalmente considerados. Não se pode usar os outros como meios (pois está-los-ia coisificando)¹²⁰, mas respeitá-los como fins em si mesmos.

Entendendo nesses termos a dignidade da pessoa humana e a reconhecendo como fundamento constitucional é que se percebe a importância desta se fazer cada vez mais presente no Direito Civil, que regula as relações privadas, que não podem se olvidar de reconhecer tal dignidade.

Não obstante, reconhecidamente, a dignidade da pessoa humana entendida como preceito constitucional tenha tido cada vez mais influência sobre o Direito Privado, e as normas civilistas estejam, gradativamente, sendo aplicadas buscando a observância desta dignidade, maiores esforços ainda devem ser feitos para que se alcance um modelo ideal de diálogo entre esse fundamento constitucional e o Direito Civil.

Tomando como exemplo o próprio abandono afetivo, tão somente em 2012 houve decisão condenando civilmente alguém por abandono afetivo.

¹¹⁹ LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil*. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, v. 238, out/dez, 2004, p. 210.

¹²⁰ LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil*. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, v. 238, out/dez, 2004, p. 209. "A condição humana é assim revestida de dignidade por ser um fim em si mesma e jamais um meio. (...) o homem não pode ser coisificado, transformado em objeto, já que é necessariamente um fim em si mesmo."

Deve-se buscar assim uma completa aplicação das normas civis em consonância à Constituição, pois não se pode perpetuar a ideia de que o Direito Civil tutele apenas questões patrimoniais:

Claramente, o efeito desta alteração na interpretação-aplicação dos institutos civilísticos tem sido notável e, deve-se mesmo afirmar, ainda não está completamente realizada. As influências do contexto histórico burguês e liberal em que o direito civil era concebido, como a regulação mínima necessária para garantir o livre jogo dos negócios, voltado unicamente para a proteção do patrimônio, fundado exclusivamente na tutela da propriedade e da autonomia privada de cunho econômico e que erigia o Código Civil como centro do sistema, vão porém se dissipando paulatinamente.¹²¹

Tal influência crescente da dignidade da pessoa humana sobre o Direito Civil atingiu a própria responsabilidade civil, ampliando cada vez mais a reparação civil de danos morais. Segundo Anderson Schreiber:

Embora de forma diferenciada, cada sistema jurídico passou, gradativa ou subitamente, a conceder reparação a lesões de interesses existenciais, antes considerados de forma meramente programática, como escopo de comandos dirigidos tão somente ao legislador, inaptos a deflagrar direta proteção contra violações perpetradas pelo Estado ou por outros particulares.¹²²

O fenômeno da constitucionalização do direito civil refletiu-se, portanto, também na responsabilidade civil, e de forma notável.¹²³ Um novo universo de interesses merecedores de tutela veio dar margem, diante da sua violação, a danos que até então sequer eram considerados juridicamente como tais, tendo, de forma direta ou indireta, negada a sua ressarcibilidade.¹²⁴

¹²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, estado e sociedade, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 234.

¹²² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 *apud* SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 91.

¹²³ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1 a 22 *apud* SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 91.

¹²⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 91.

Valendo-se da conceituação de sociedades de risco¹²⁵, Maria Celina Bodin de Moraes alerta que diante dos constantes progressos e evoluções por que passam as sociedades atuais, a segurança jurídica antes presente no século XIX começa a ser corroída, surgindo então a necessidade de se utilizar cada vez mais os princípios jurídicos a fim de direcionar a interpretação e aplicação das regras jurídicas, em especial aquelas dotadas de certa generalidade e indeterminação.¹²⁶ Considera a autora, que esta não é uma tarefa fácil, identificando como a única constante a ser seguida nesse processo, a observância ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.¹²⁷ Sendo, por isso, imperiosa a aplicação desses preceitos constitucionais:

As profundas transformações ocorridas na responsabilidade civil, ramo do direito civil que apresenta atualmente grandes desafios aos juristas, devem ser enfrentadas a partir da perspectiva da aplicação direta e imediata das normas constitucionais. De fato, somente a perspectiva constitucionalizada é capaz de oferecer respostas às complexas indagações presentes no direito dos danos contemporâneo.¹²⁸

Ao se tratar da responsabilidade civil aplicada em consonância à dignidade da pessoa humana, não se pode ignorar que ela, como já dito anteriormente, implica autonomia, sendo isso o que possibilita aos indivíduos que ajam segundo sua própria consciência, quer seja para cumprirem as normas legais a eles impostas, quer seja para descumpri-las, de toda forma agem voluntária e conscientemente. Para Othon de Azevedo Lopes, o Direito, que não esteja sujeito a ordens terroristas e hostis, deve reconhecer a autonomia humana, logo os possíveis sancionamentos dele decorrentes não podem ser arbitrários, as sanções devem incidir sobre

¹²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, estado e sociedade, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 235. "O sentido da expressão, porém, não se vincula diretamente às crescentes hipóteses de risco - entendidas estas como um aumento real do número de acidentes - mas às sociedades que se organizam para fazer frente ao incremento daquelas hipóteses, introduzidas principalmente pelos avanços tecnológicos e pela intensa interferência humana no meio ambiente. Trata-se de sociedades preocupadas com o seu futuro, com a sobrevivência das gerações futuras, e que necessitam desenvolver instrumentos aptos a garanti-lo. No entanto, assinala Stefano Rodotà, a angústia em relação ao futuro não acarreta uma recusa ao futuro: 'ao lado da percepção, sempre mais clara, dos riscos do progresso tecnológico, existe a consciência da impossibilidade de parar tal progresso, mesmo se este não se apresenta mais com estimativas apenas positivas.'"

¹²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, estado e sociedade, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 235 e 236.

¹²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, estado e sociedade, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 238.

¹²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, estado e sociedade, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 244 e 245.

aqueles que voluntaria, consciente, autonomamente descumpriram as normas legais, a sanção deve observar a autonomia¹²⁹. É o que ensina o retro citado autor:

Essa a razão pela qual o Estado não pode, quando afirma a dignidade da pessoa humana, desprezar tais características, devendo abrir amplo campo para o livre exercício da vontade e, ainda, nas legislações de caráter penal, considerar necessariamente a consciência e a vontade para aplicação de sanções. Como afirmou Kant, alguém só pode ser punido se for digno de punição, ou seja, se tendo consciência de seus deveres impostos por uma ordem legítima, tenha-os descumprido voluntariamente. Na hipótese contrária, na terminologia hobbesiana, o ato sacionatório do Estado será hostil aos indivíduos.¹³⁰

Assim, quando se fala em responsabilidade civil, em que atualmente se reconhece a atuação da dignidade da pessoa humana, não se pode ignorar a necessária conexão entre sanção e autonomia, caso contrário estar-se-á diante de mero ato coator, esvaziado de conteúdo orientador da conduta e tão somente repressivo e intimidador. Ao passo que, quando se reconhece a autonomia, presencia-se a verdadeira responsabilidade, que orienta, mostra o sentido a ser seguido, o qual será ou não, mas voluntariamente.

Ao se falar na responsabilidade civil por abandono afetivo, tem-se como argumento contrário a afirmação da impossibilidade em forçar alguém a amar outro. Afirmativa essa, que não se pode negar a veracidade, de fato o sentimento humano de amor, via de regra, não é maleável pela coação, não é possível coagir alguém a amar, entretanto não deve ser essa a finalidade vislumbrada pelo Direito quando impõe deveres à família, à sociedade e ao Estado em garantir os direitos das crianças e adolescentes (entre eles o desenvolvimento digno), o que deve-se almejar é orientar tais atores a cumprir tal dever.

¹²⁹ LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil*. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, v. 238, out/dez, 2004, p. 211. "O direito como uma ordem idealizada, ou seja, de dever ser, só pode ser vinculante, caso se compreenda o homem a partir de uma idéia correlata, isto é, como pessoa responsável, dotada de autonomia ética. Nas palavras de Welzel, enquanto a coação converte o homem em mero objeto de uma influência física, faz dele uma coisa entre as coisas, a obrigatoriedade impõe-lhe a responsabilidade por uma ordem em sua vida dotada de sentido, fazendo dele o sujeito conformador de sua vida (WELZEL, 1977, p. 251). Dever jurídico e pessoa responsável são, portanto, conceitos indissociáveis. Então, se o direito não quer se transformar em uma ordem terrorista e hostil que vale e se impõe apenas pela força, precisa reconhecer o homem como responsável. Em outras palavras, se a ordem social não quer forçar apenas enquanto poder, mas obrigar enquanto direito, deve reconhecer o homem como dotado de autonomia ética. Logo, qualquer sanção só pode ser o resultado do descumprimento voluntário de um dever por um ser dotado de autonomia. É, assim que a dignidade da pessoa humana reconhece o homem a um só tempo como sujeito autônomo de direitos e deveres, evitando a sua coisificação."

¹³⁰ LOPES, Othon de Azevedo. *Horizontes, teoria e linguagem da responsabilidade jurídica*. 452 folhas. Dissertação de Mestrado – Universidade de Brasília. Brasília, 2005. p. 290.

Quando o ordenamento jurídico explicita a existência de deveres, como os insculpidos no artigo 1634, I, do Código Civil, no artigo 227 da Constituição Federal, artigo 4º e demais da Lei 8.069, de 1990, e ocorre o descumprimento desses por ações conscientes, voluntárias e autônomas, deve o Estado agir, impondo sanções, responsabilizando, enfim, obrigando enquanto direito.

Prosseguindo o estudo da incidência dos valores constitucionais sobre a responsabilidade civil, pode-se citar duas consequências desta influência: a primeira foi o aumento da tutela da pessoa da vítima, e, em contrapartida, a segunda, um esvaziamento no antes principal objetivo da responsabilidade civil, que era a punição, em razão disto houve aumento nos casos de ressarcibilidade e diminuição da função moralizadora da responsabilidade civil (que antes era uma característica nuclear desta), na opinião de Maria Celina Bodin de Moraes¹³¹.

Quanto a primeira consequência apresentada, pode-se afirmar que por serem as normas da responsabilidade civil bastante flexíveis, há uma maior possibilidade de abrangência de novos casos, novas situações que poderão ser por ela acolhidas sem haver a necessidade de novação legislativa, mas pela simples aplicação de suas regras, as quais devem ser interpretadas em conformidade aos preceitos constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana.¹³²

Essa sua característica também pode ser constatada mediante a análise jurisprudencial¹³³, os julgados e entendimentos acerca da responsabilidade civil estão em constante transformação, a própria matéria em questão, o abandono afetivo, é um exemplo claro, de mutação jurisprudencial.

Até pouco tempo nenhum julgado do Superior Tribunal de Justiça havia reconhecido a possibilidade de responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo, entretanto, em recente julgamento (a ser analisado no próximo capítulo), houve mudança de entendimento, prescindindo, no entanto, de qualquer novação legal. Do mesmo modo, o entendimento acerca da possibilidade de cumulação entre danos estéticos e morais, que anteriormente era inconcebível e atualmente já é largamente aceito.

¹³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, estado e sociedade, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 238.

¹³² MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, estado e sociedade, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 238 e 239.

¹³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, estado e sociedade, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 238 e 239.

No pertinente à segunda consequência apresentada, tem-se que a tradicional função da responsabilidade, a moralização das condutas, estaria sendo paulatinamente substituída pelo dever geral de solidariedade.¹³⁴

Ainda que o dever de solidariedade ganhe força, não parece que a moralização esteja sendo suprimida como finalidade da responsabilidade civil. Em verdade, a própria tentativa de difusão deste dever de solidariedade parece atender à moralização, à conscientização dos indivíduos da precípua importância em reconhecer e respeitar os demais indivíduos. As ações individuais devem reconhecer todos os indivíduos em sociedade como fins em si mesmos.

Portanto, o fundamento da responsabilidade civil está na liberdade de comportamento, de agir que os indivíduos possuem e decorre disso a responsabilidade. Pode-se agir dentro de sua liberdade, respeitando sempre os demais, agir sem ofender, em atenção ao princípio *neminem laedere*, a ninguém é dado o direito de prejudicar o outro, expresso nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.¹³⁵

4.2 Responsabilidade civil subjetiva e seus conceitos

4.2.1 Ilícitude e culpa

¹³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, estado e sociedade, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 239. "Já a canônica finalidade de moralização da responsabilidade civil parece ter sido substituída com vantagens pela concepção que vislumbra no instituto a presença, e a conseqüente realização, de um dever geral de solidariedade, também hoje previsto constitucionalmente (CF, art. 3º, i), que se encontra na base do aforismo multissecular do *neminem laedere*, isto é, da obrigação de comportar-se de modo a não lesar os interesses de outrem. Trata-se aqui de tomar consciência de importante atualização de fundamento, fruto daquela historicidade, imprescindível à ciência jurídica, que se permite atribuir novo conteúdo a conceitos radicados."

¹³⁵ Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

A responsabilidade civil já foi classicamente entendida como amparada em três conceitos básicos: a culpa, o dano e o nexo causal, alguns doutrinadores apontam esses três elementos como intrínsecos à responsabilidade civil, o ofendido deveria demonstrar o dano sofrido, a culpa do ofensor e o nexo de causalidade entre conduta e dano.¹³⁶

Entretanto, atualmente admite-se a responsabilidade civil mesmo sem a conduta culposa ou nexo causal, a figura do dano, entretanto, estará sempre presente (mesmo que presumido). A responsabilidade civil é, portanto, a atribuição de um resultado danoso que fora sofrido pela vítima a um sujeito.

Admite-se a existência de dois modelos dentro da responsabilidade civil: o primeiro está ligado a concepção clássica desta, ou seja, baseada na culpa, é o modelo por ato ilícito (responsabilidade subjetiva); e o segundo refere-se à responsabilidade objetiva¹³⁷. Nesse mesmo sentido, Maria Helena Diniz ao conceituar a responsabilidade civil reconhece a existência dessas duas distintas correntes:

Com base nessas considerações poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).¹³⁸

Em que pese o objeto do trabalho, o enfoque recairá sobre a responsabilidade subjetiva. Tendo em vista, ser o abandono afetivo uma ação violadora de direitos, que ocasiona danos à vítima. Em outras palavras um ato ilícito causador de danos morais, e que gera a obrigação de reparação. Incidência conjunta dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

¹³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

¹³⁷ LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil*. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, v. 238, out/dez, 2004, p. 212. "O Código Civil positivou, assim, duas grandes vertentes de modelos de responsabilidade: o modelo por ato ilícito e os modelos comumente chamados de responsabilidade objetiva. Cada um deles caracteriza-se por ser uma trilha diferente na experiência jurídica da imputação da responsabilidade. São diferentes formas vivenciais de encarar a realidade em contraste com o ordenamento jurídico."

¹³⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50.

Othon de Azevedo Lopes considera que o modelo subjetivo de responsabilidade está expresso no Código Civil brasileiro em seu artigo 186. Afirma estar a origem desse instituto ligada à tradição judaico-cristã, segundo a qual a responsabilidade advinha das ações conscientes e voluntárias que fossem contrárias aos deveres presentes em algum mandamento.

Tal concepção adotada pelo direito romano alterou a semântica da palavra culpa, a qual passou a significar a ausência da diligência necessária no cumprimento dos deveres. Esse conceito influenciou a codificação de Justiniano e outros textos romanos, chegando até a Idade Média, quando foi absorvida pelos direitos canônico e comum. Neles a contrariedade voluntária a leis e deveres era tido como pecado. Na Idade Moderna, ocorreu a sistematização e secularização desta acepção de pecado, ganhando força o uso dos termos ilícito e delito. Nesse período, com Grócio, formulou-se uma clara distinção entre os ilícitos civil e penal.¹³⁹

Percebe-se daí a relação entre o modelo tradicional de responsabilidade e o conceito de ilícito. O juízo de licitude/ilicitude parte sempre da análise de uma conduta humana, de uma ação voluntária, nas palavras do supracitado autor, "de ação como acontecimento dirigido e orientado pela vontade"¹⁴⁰, consiste assim na análise de culpabilidade, o fato do agente ter agido em desconformidade com as regras, embora pudesse ter agido conforme elas.¹⁴¹

Em consonância ao trecho acima, leciona Sílvio de Salvo Venosa:

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. (...) O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever. (...)

Na responsabilidade subjetiva, o centro de exame é o ato ilícito.¹⁴²

Assim o juízo de licitude/ilicitude perpassa pela própria análise da culpa, aquele que age com culpa (voluntariamente e conscientemente descumprir um dever, ou age de forma diversa da exigível), cometendo ato ilícito, provocando algum dano, será obrigado a repará-lo.

¹³⁹ LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil*. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, v. 238, out/dez, 2004, p. 212 e 213.

¹⁴⁰ LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil*. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, v. 238, out/dez, 2004, p. 213.

¹⁴¹ LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil*. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, v. 238, out/dez, 2004, p. 214. "A culpabilidade é um juízo de reprovação a uma pessoa dotada de consciência e capacidade que concretamente poderia ter atuado conforme o direito, mas não o fez. É por meio da culpabilidade que se analisa a conduta específica perante um conteúdo deontológico de sentido."

¹⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 26.

Também, Anderson Schreiber, aponta este protagonismo da culpa no modelo tradicional da responsabilidade:

A culpa é, inegavelmente, a categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas da Modernidade. A ideologia liberal e individualista, então dominante, impunha a construção de um sistema de responsabilidade que se fundasse no mau uso da liberdade individual, justificando, desta forma, a concessão de um amplo espaço à atuação dos particulares. Responsabilidade e liberdade passam, assim, a ser noções intimamente vinculadas, uma servindo de fundamento à outra.¹⁴³

Othon de Azevedo Lopes traz a seguinte definição de culpa, confrontando a ideia de liberdade e culpabilidade, de dever e impulsos desvaliosos:

O conceito de culpabilidade assim como o de direito e o de justiça pressupõem a aceitação de um sentido transcendente e obrigatório da vida. O ser humano só pode ser livre ou culpável, diante do pressuposto de que tenha capacidade de se orientar conforme os critérios do correto, do devido, do justo, ou seja, diante de uma instância objetiva que lhe imponha deveres e parâmetros para o seu agir. O correto, o devido e o justo são a linha divisora entre a liberdade e culpabilidade. Naquilo em que seja possível claramente a fixação do que é devido e do que é correto, o homem será livre para orientar sua ação no cumprimento de seus deveres e culpável quando não o fizer.

A culpabilidade é, pois, — diante da existência de condições de direcionar os impulsos para o sentido do dever — não realizar o ato devido por impulsos desvaliosos. A vontade culpável é, por isso, vontade não-livre. Daí que o dever de se superar em um ato existencial e orientar sua resolução conforme o dever origina-se para o homem ali onde os impulsos ameaçam um deslize para o reprovável. A culpabilidade é a ausência de autodireção conforme o dever, consistente em um desvio para a realização de um ato desvalioso.¹⁴⁴

Para o retro citado autor, é por meio desta concepção de culpa que se permite a incidência concreta da dignidade da pessoa humana nesse modelo de responsabilidade civil (a subjetiva)¹⁴⁵, pois estar-se-á garantindo que a sanção somente recaia sobre aqueles que mesmo dotados de autonomia agem de maneira consciente e voluntária contrariamente a seus deveres

¹⁴³ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

¹⁴⁴ LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil*. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, v. 238, out/dez, 2004, p. 215.

¹⁴⁵ LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil*. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, v. 238, out/dez, 2004, p. 215.

legais. Deixam-se levar por impulsos desvaliosos, permitindo assim a ação do Estado na imposição de sanções. Desta forma, observa-se a necessária conexão entre sanção e autonomia, caso contrário estar-se-ia diante de mero ato coator, esvaziado de conteúdo orientador da conduta.

Percebe-se, portanto, que, embora seja possível afirmar ser o dano elemento imprescindível à responsabilidade civil, o dano nem sempre será por si só suficiente à responsabilização. Como visto, a própria responsabilidade subjetiva exige a análise de ilicitude da conduta, que perpassa pela aferição de culpa, assim, neste modelo tradicional, a inexistência de culpa ou de ilicitude pode afastar a responsabilização civil, como exemplifica, Maria Bodin de Moraes:

Ocorre que meras atividades cotidianas, devidas à normal ação humana, com frequência causam prejuízos a terceiros. Assim, por exemplo, a prática comercial bem sucedida pode ter como consequência a diminuição do número de clientes e do próprio lucro daqueles que atuam no mesmo ramo, ainda que a concorrência não ofenda os parâmetros legais, do mesmo modo que a construção de um novo edifício, sem nenhuma intenção emulativa e em total consonância com as normas edilícias pertinentes, pode acarretar o fim da vista panorâmica, da incidência de luz solar ou da brisa que refrescava o vizinho.

Tais situações, ainda que causadoras de danos, são autorizadas pelo ordenamento jurídico; os danos que aí se produzem são, portanto, lícitos, não acarretando a responsabilização daquele que, embora tenha dado causa a prejuízos, não se afastou dos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao pautar sua atuação.¹⁴⁶

Por tudo visto, é possível estabelecer duas funções primordiais à culpabilidade na responsabilidade civil subjetiva: a primeira é ser a culpa elemento personalizador da sanção, que pressupõe para tal a imputabilidade do agente, e, como já visto, a consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa; a segunda diz respeito à possibilidade de graduação da sanção, possibilidade, porque, como é sabido, a reparação, via de regra, guarda relação direta com o dano sofrido, entretanto, pode a graduação da culpa ser usada para delimitação equitativa da indenização a ser paga.¹⁴⁷

¹⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, estado e sociedade, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 240.

¹⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, estado e sociedade, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 240.

Cabe frisar aqui, novamente, ser o dano quem impõe o dever de reparação, entretanto, pode vir a culpa ser apreciada quanto à fixação do valor da indenização, é o que leciona Anderson Schreiber, conforme exame do artigo 944 do Código Civil:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.¹⁴⁸

Com tal dispositivo, a irrelevância dos graus de culpa permanece válida para fins de configuração do dever de indenizar (AN DEBEATUR), não já para sua quantificação (QUANTUM DEBEATUR). Deve-se ter em mente, contudo, que a norma vem para proteger o responsável de um ônus excessivo, em conformidade com o espírito de equidade, que exige que o rigor da solução jurídica seja temperado à luz das circunstâncias do caso concreto.¹⁴⁹

Ainda quanto ao conceito de culpa, não obstante o entendimento já apresentado acima, Schreiber defende que tal noção de culpa atrelada à moral tenha, atualmente, perdido força para a chamada de "culpa objetiva", em que se passou a analisar não apenas o caso concreto, mas compará-lo abstratamente com um modelo geral de comportamento. Isto é, a culpa passou a ter como base um modelo abstrato comportamental (a ideia de homem médio, *bonus pater familias*, *reasonable man*), o que foge a este modelo é considerado uma conduta culpável.¹⁵⁰

Tendo havido o estudo apurado da culpa, permite-se a abordagem do abandono afetivo a partir destas duas concepções.

Quanta a primeira, como é sabido, o Direito brasileiro garante uma série de direitos às crianças e aos adolescentes, ademais apresentam uma série de deveres aos pais, família, sociedade e ao próprio Estado para que tais direitos sejam efetivados e garantidos, informa, portanto, um conteúdo deôntico a ser seguido.

¹⁴⁸ Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

¹⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 44.

¹⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 34 a 38.

Quando o titular do poder familiar pratica o abandono afetivo ele está inegavelmente descumprindo uma série de deveres existentes no ordenamento jurídico, mas apenas isso não é suficiente para configurar a culpa desse agente, deve-se analisar se ele agiu consciente e voluntariamente.

Sendo a resposta positiva, ou seja, tendo agido em desconformidade com o dever em razão de impulsos desvaliosos e, portanto, com culpa, praticou um ato ilícito, violou direito de outrem e provocou dano, devendo, por isso, responder civilmente.

Entretanto, caso a resposta seja negativa, em outras palavras, o agente não possuía consciência, carece a ação de voluntariedade, não há impulso desvalioso que o compele a agir em desconformidade com seu dever e, portanto, não há como se falar em culpa.

Desta forma, quando é vislumbrado o desconhecimento da paternidade, por exemplo, não há como sustentar a culpa (entendida por esta primeira concepção), pois se o pai desconhece sua condição como tal, o abandono não ocorreu por sua culpa. Ele não agiu de forma consciente e voluntária ao descumprir com seus deveres, em verdade, sequer sabia ser titular do pátrio poder e dos direitos e deveres daí decorrentes.

De maneira que a incidência de qualquer sanção nesse caso não estaria observando a autonomia, e por conseguinte consistiria em enorme arbitrariedade, um atentado à própria dignidade da pessoa humana, pois estar-se-ia coisificando o homem.

Seria exigir o impossível, e diante seu lógico descumprimento, puni-lo. Tal postura não é razoável, nem no âmbito da Moral seria exigível que um indivíduo agisse de modo a cumprir deveres os quais desconhece existir.

Portanto, nesse caso, perante a flagrante impossibilidade, ausência de culpabilidade e em atenção à necessária observância da autonomia, quando se fala na incidência da dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil, não se pode haver nesta hipótese específica de desconhecimento da paternidade a responsabilização civil por abandono afetivo.

Vislumbrando-se também a inexistência de conduta culpável quando o abandono decorre da ocorrência de alienação parental, definido pelo artigo 2º da Lei 12.318, de 2010, da seguinte forma:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou

adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.¹⁵¹

Na hipótese em epígrafe, o distanciamento afetivo entre o genitor e o filho é consequência direta das ações do alienante. A culpa do abandono nesse caso é do alienante, sendo o outro genitor vítima da alienação parental. A Lei 12.318, de 2010, prevê sanções ao alienante sem prejuízo a possível responsabilidade civil decorrente da alienação parental.

Quanto à segunda concepção, deve-se ter em mente a noção abstrata de um modelo comportamental médio, como agiria um homem médio, o *bonus pater familias*, nesta situação. Aqui o problema inicial é definir o modelo comportamental médio, tarefa que é naturalmente árdua, quanto mais em um país de dimensões como o Brasil, que apresenta grande miscigenação, e grande diversidade cultural, étnica e social.

Ainda assim, é razoável admitir que um homem médio iria proceder numa relação paterno filial garantindo ao seu filho condições básicas ao seu desenvolvimento físico e psicológico, em suma, promovendo os cuidados básicos com saúde, alimentação, educação e lhe dando afeto, carinho, estando presente em todo seu desenvolvimento. E por conseguinte, aqueles que agissem deixando de empregar tal diligência social média estariam agindo culposamente.

Voltando a questão do desconhecimento da paternidade, também nesta concepção parece ser afastável a culpabilidade, pois um homem médio que desconhecesse tal condição não cumpriria tais deveres, trata-se de uma impossibilidade latente, não há como exigir conformidade a um dever que é desconhecido.

4.2.2 Dano

Tratar de responsabilidade civil, implica necessariamente abordar a figura do dano. Anteriormente, falou-se que muitos doutrinadores apontam como elementos da responsabilidade civil: o dano, a conduta e o nexo causal. Não obstante atualmente se reconheça a possibilidade de haver imputação de responsabilidade civil a alguém mesmo não

¹⁵¹ Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010.

havendo conduta deste ou nexo de causalidade, inexistente responsabilidade civil sem dano. Ele é, portanto, o elemento basilar, imprescindível para admitir-se a responsabilidade civil.

O entendimento da indispensabilidade do dano quanto à responsabilidade civil é expresso pela jurisprudência pátria, conforme a ementa que segue:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO O RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS. INEXISTÊNCIA DA COMPROVAÇÃO EFETIVA DO DANO. IMPROCEDÊNCIA.

Para viabilizar a procedência da ação de ressarcimento de prejuízos, a prova da existência do dano efetivamente configurado é pressuposto essencial e indispensável.

Ainda mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, desde que, dela, não tenha decorrido prejuízo.

A satisfação pela via judicial, de prejuízo inexistente, implicaria, em relação à parte adversa, em enriquecimento sem causa. O pressuposto da reparação civil está, não só na configuração de conduta contra jus, mas, também, na prova efetivados ônus, já que não se repõe dano hipotético.

Recurso improvido. Decisão por maioria de votos.¹⁵²

Vai ao encontro dessa ideia a doutrina de Maria Helena Diniz, Silvio Salvo Venosa e Sérgio Severo, que afirmam respectivamente:

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar.¹⁵³

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico ou não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá a possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano.¹⁵⁴

¹⁵² STJ, Resp 20.386-0/RJ, relator o Ministro Demócrito Reinaldo, data de julgamento:23/05/1994, primeira turma.

¹⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77.

¹⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 33 e 34.

O dano é, assim, o fundamento da responsabilidade civil; é nele que se encontra a razão de ser do dever de reparar. Logo, o ato ilícito que não lesione um interesse juridicamente protegido não será relevante no âmbito da responsabilidade civil.¹⁵⁵

O dano, portanto, é figura central da responsabilidade civil, não havendo que se falar em reparação quando inexistente o dano.

Nesse aspecto, o primeiro capítulo do presente trabalho tratou adequadamente do potencial danoso do abandono afetivo, nele demonstrou-se, com base em estudos da psicologia, que o abandono traz na maioria dos casos a incidência de consequências psicofísicas devastadoras à vida do indivíduo. Porém, ali tratou-se de dano em sua acepção comum: dor, prejuízo sofrimento, aqui será conceituado o dano jurídico.

Ainda quanto ao dano, já qualificado como elemento primordial da responsabilidade civil, é necessário algum aprofundamento que facilitará o enquadramento do abandono afetivo na seara do instituto da responsabilidade civil, partir-se-á à abordagem de alguns conceitos de dano, bem como sua subdivisão em danos materiais e morais.

Silvio Salvo Venosa, cuja definição de dano já fora citada acima, afirma ser o dano o "prejuízo sofrido pelo agente"¹⁵⁶. Maria Helena Diniz conceitua-o como a "lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre um pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral"¹⁵⁷. Para Carlos Alberto Bittar, constitui-se por "qualquer lesão injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo Direito, incluído, pois o de caráter moral".¹⁵⁸

Othon de Azevedo Lopes também estabelece relação entre dano e lesão a direitos, lecionando que:

O conceito de dano está ligado ao de lesão ao direito subjetivo, seja ele absoluto ou relativo. É, portanto, lesão a um bem juridicamente protegido. Nem todo o prejuízo pode, assim, ser considerado dano jurídico.

¹⁵⁵ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 8.

¹⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 33.

¹⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 80.

¹⁵⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 18.

É necessário que o prejuízo seja qualificado por uma norma para que seja considerado injusto, caracterizando o dano jurídico.¹⁵⁹

Percebe-se, portanto, que o conceito jurídico de dano, não deve ser confundido com o conceito usual do mesmo, o dano jurídico não é mero prejuízo, pois exige haver lesão a interesses juridicamente protegidos.

Sérgio Severo considera existirem duas teorias principais acerca do conceito de dano, a primeira seria a teoria da diferença e a segunda, a teoria do interesse.

A teoria da diferença conceitua o dano como sendo a diferença patrimonial existente entre as situações anterior ao dano e posterior ao dano, para o autor esta teoria apresenta fragilidades, entre as quais a não aplicabilidade aos danos extrapatrimoniais ou morais.

Por sua vez, a teoria do interesse considera dano toda lesão a interesses juridicamente protegidos, a teoria do interesse abarcaria tanto os danos patrimoniais, quanto os extrapatrimoniais, a depender do bem ou interesse lesionado.¹⁶⁰

Adotar-se-á para os fins deste trabalho como conceito de dano: lesão a interesses juridicamente protegidos. Portanto, dano jurídico não se confunde com qualquer prejuízo ou dano físico, como ensina Othon de Azevedo Lopes:

(...). O prejuízo consiste na prejudicial alteração da realidade. Essa alteração pode ser uma obra natural ou uma obra humana.

O conceito jurídico é diverso, caracterizado por uma ofensa de um direito, como esfera de autonomia tutelada por uma norma jurídica. O conceito de dano está ligado ao de lesão ao direito subjetivo, seja ele absoluto ou relativo. É, portanto, lesão a um bem juridicamente protegido. Nem todo o prejuízo pode, assim, ser considerado dano jurídico. É necessário que o prejuízo seja qualificado por uma norma para que seja considerado injusto, caracterizando o dano jurídico. Daí a lei italiana (art. 2.043 do CC) referir-se a dano injusto, *entendido como lesão de interesses juridicamente relevantes*¹⁶¹ e o Código Civil de 2002 falar em violação de direito e dano, em seu art. 186.¹⁶²

¹⁵⁹ LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. In *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 12, 2006, p. 147.

¹⁶⁰ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 3 a 8.

¹⁶¹ PERLINGERI, Pietro & CORSANO, Luigi. *Manuale de diritto civile*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2003, p. 649.

¹⁶² LOPES, Othon de Azevedo. *Horizontes, teoria e linguagem da responsabilidade jurídica*. 452 folhas. Dissertação de Mestrado – Universidade de Brasília. Brasília, 2005. p. 346 e 347.

Por esta concepção, torna-se necessário definir se o abandono afetivo causa danos a interesses juridicamente protegidos. Já foi demonstrada sua a capacidade danosa do ponto de vista psicofísico, resta demonstrar a existência de dano jurídico.

Pois bem, a Constituição Federal brasileira em seu artigo 227, já citado neste trabalho, explicita o dever da família, sociedade e Estado em assegurar direitos à criança, ao adolescente e ao jovem, entre os quais, direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar. Ademais, o Estatuto da Criança e Adolescente reprisa tal mandamento, além de assegurar diversos outros direitos às crianças e aos adolescentes. O próprio código civil impõe deveres aos pais para com os filhos, que não se limitam a provimentos financeiros, mas também de cunho afetivo, como o explicitado nos incisos I e II do seu artigo 1.634. Não se pode esquecer ainda do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, que no âmbito da família, deve ser entendido como garantia ao pleno e adequado desenvolvimento dos seus indivíduos, em especial das crianças e adolescentes, que estão nas fases mais decisivas e importantes do desenvolvimento moral e social. Inegável que a observância a tais direitos e deveres expostos acima constituem interesses juridicamente protegidos.

Na ocorrência do abandono afetivo, o agente deste infringe já deixa de assegurar ao abandonado a maioria dos direitos expostos no artigo 227 da Constituição Federal e artigo 4º do ECA. Mas não apenas deixa de assegurá-los, como também viola alguns direitos. O direito à convivência familiar, por exemplo, está indiscutivelmente violado, tendo em vista restar inviabilizada à criança ou ao adolescente a convivência com aquele que o abandonou, que por sua vez é ou deveria ser uma das figuras mais importantes, se não a mais importante, no desenvolvimento psicofísico do abandonado. Por consequência, restam também violados o direito à dignidade e ao respeito.

Do mesmo modo, há o descumprimento dos deveres impostos pelo artigo 1.634, I e II, do Código civil, pois os pais que abandonam afetivamente os filhos, geralmente não os tem sob sua companhia e guarda, e mesmo que custeiem creches, escolas e universidades, não satisfazem, apenas com isso, o dever de dirigir-lhes criação e educação. Deveres esses que vão muito além do ensino técnico, mas são compostos também pelas educações moral, social, sentimental, que estarão seriamente comprometidas.

Por fim, considerando a dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional e estando dirigida a todos, não é forçoso concluir diante os estudos apresentados no primeiro capítulo, que os efeitos decorrentes do abandono afetivo podem implicar em condições

indignas de sofrimento, transtornos psicofísicos, dificuldades de inserção social, enfim um série de situações que de longe não se encaixam no conceito de dignidade da pessoa humana.

Por tudo isso, pode-se concluir que o abandono afetivo pode constituir lesão a uma série de interesses juridicamente protegidos, portanto, é apta de gerar dano jurídico, fundamento primordial da responsabilidade civil.

4.2.3 Dano moral

Feita a apreciação dos conceitos de dano, pode-se seguir ao estudo de suas categorias, ou seja, danos materiais e morais, ou patrimoniais e extrapatrimoniais. Sobre isto, Yussef Said Cahali afirma que:

Segundo entendimento generalizado da doutrina, e de resto já consagrado nas legislações, é possível distinguir-se, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos chamados danos morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, e o sofrimento psíquico ou moral, as dores, etc.¹⁶³

Para o supracitado autor, a definição de dano moral ou extrapatrimonial é feita pela doutrina sob a forma negativa, ou seja, contrapondo-o ao dano material¹⁶⁴. Quanto a essa questão, Sérgio Severo sustenta existirem tentativas de definição do dano moral tanto positivas, quanto negativas, porém as primeiras apresentam como entraves a dificuldade em se definir um caractere distintivo do dano moral e a tendência ao alargamento dos danos ressarcíveis¹⁶⁵. Assim, mostrar-se-iam mais adequadas as definições negativa¹⁶⁶. Por fim, acaba por definir o dano extrapatrimonial como sendo "a lesão de interesse sem expressão

¹⁶³ CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 6.

¹⁶⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 6 e 7.

¹⁶⁵ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 41. "As tentativas de uma conceituação substancial de dano extrapatrimonial têm enfrentado dois tipos de problemas: a ausência de um caractere distintivo e a tendência ao alargamento dos danos ressarcíveis."

¹⁶⁶ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 41 e 42. "Assim, a conceituação negativa demonstra-se mais adequada, tal como concebia o Min. Pedro Lessa, naquele que seria o leading case da ressarcibilidade do dano extrapatrimonial caso a jurisprudência brasileira tivesse acompanhado sua linha de decisão, ao emitir o seguinte conceito, 'dano moral é o que não tem uma expressão econômica'."

econômica"¹⁶⁷, enquanto o dano material, como "aquele que atinge frontalmente o patrimônio da vítima"¹⁶⁸.

Silvio de Salvo Venosa expõe definição de dano moral que se aproxima da de Yussef Said Cahali, pois estabelece relação com o sofrimento psíquico: "Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima"¹⁶⁹. Essa relação entre dano moral e a dor, o sofrimento, o abalo moral, como seus elementos definidores é acompanhada por outros autores, como, por exemplo, Adriano Souza: "o ressarcimento do dano moral tem como objeto a extinção ou o abrandamento da dor física (corporal) ou moral (espiritual)"¹⁷⁰. Anderson Schreiber afirma que essa concepção é defendida por parte da doutrina e jurisprudência:

Com efeito, ainda é significativa a parcela da doutrina que conceitua o dano moral como "os danos que consistem em mero sofrimento (não importa se físico, psíquico ou psicofísico), males da alma, dores, que, por exemplo, se experimentam por haver sofrido uma agressão, ou a perda de um ente querido, ou uma injúria etc. (donde a definição, para o ressarcimento, de *pecunia doloris*, Schmerzgeld)". E diversos tribunais não hesitam em confirmar que o "dano moral pressupõe dor física ou moral, e se configura sempre que alguém aflige outrem injustamente, sem com isso causar prejuízo patrimonial."¹⁷¹

Entretanto, essa concepção dos danos morais baseada na dor e no sofrimento é obscura e gera grande indefinição, pois a mesmo tempo em que se pode incluir neste conceito praticamente qualquer acontecimento que gere sofrimento, pode-se pelo mesmo conceito negar a guarida da responsabilidade, afirmando-se que o mero dissabor não constitui dano moral. Tal crítica é feita por diversos autores, que consideram ser tal definição demasiadamente imprecisa e obscura, entre os quais: Maria Helena Diniz¹⁷², Anderson

¹⁶⁷ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 39.

¹⁶⁸ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 43.

¹⁶⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 39.

¹⁷⁰ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. *Tutelas de urgência na reparação do dano moral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 60.

¹⁷¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 132..

¹⁷² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109. "O dano moral, ensina-nos Zannoni, não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano."

Schreiber¹⁷³, Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷⁴ e Othon de Azevedo Lopes. Este último tece o seguinte argumento:

O problema é que boa parte da doutrina ainda concebe os danos morais a partir da dor e do sofrimento moral e psicológico, o que obscurece o claro vínculo entre os danos morais e a dignidade da pessoa humana, especialmente no seu reflexo no direito privado que são os direitos da personalidade.

Essa postura de vincular os danos morais à dor remete a uma imprópria confusão entre danos e prejuízos. O dano juridicamente reparável não se confunde com qualquer prejuízo, ou mesmo com qualquer dano físico. O prejuízo consiste na prejudicial alteração da realidade. Essa alteração pode ser uma obra natural ou uma obra humana. O conceito jurídico é diverso, caracterizado por uma ofensa de um direito, como esfera de autonomia tutelada por uma norma jurídica.¹⁷⁵

Portanto, parece mais adequada concepção de danos morais que não esteja atrelada a noção de dor, sofrimento ou frustração, mas que tenha por base a lesão a interesses juridicamente relevantes. O que é corroborado pelo enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil, segundo o qual:

¹⁷³ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 131 a 134. "Com efeito a concreta lesão a um interesse extrapatrimonial verifica-se no momento em que o bem objeto do interesse é afetado. Assim, há lesão à honra no momento em que a honra da vítima vem a ser concretamente afetada, e tal lesão em si configura dano moral. A consequência (dor, sofrimento, frustração) que a lesão à honra possa vir a gerar é irrelevante para a verificação do dano, embora possa servir de indício para a análise de sua extensão, ou seja, para a quantificação da indenização a ser concedida. Nem aí, todavia, é imprescindível. E, certamente, em nada auxilia como critério de verificação do merecimento de tutela dos interesses lesados".

¹⁷⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, estado e sociedade, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 244. "Na situação de indefinição em que se encontra o conceito de dano moral, tem sido possível nele incluir qualquer coisa, isto é, qualquer "sofrimento humano", e, de outro lado, considerar que "pouco ou nada" seria suficiente para oferecer as extremas do instituto, sob o argumento de que não passam de aborrecimentos – comuns ou extraordinários – do dia-a-dia, não chegando a configurar real e verdadeiro sofrimento.

O fato é que a reparação dos danos morais não pode mais operar, como vem ocorrendo, no nível do senso comum. Sua importância no mundo atual exige que se busque alcançar um determinado grau de tecnicidade, do ponto de vista da ciência do direito, contribuindo-se para edificar uma categoria teórica que seja elaborada o suficiente para demarcar as numerosas especificidades do instituto. A ausência de rigor científico e objetividade na conceituação do dano moral têm gerado obstáculos ao adequado desenvolvimento da responsabilidade civil além de perpetrar, cotidianamente, graves injustiças e incertezas aos jurisdicionados."

¹⁷⁵ LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. In *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 12, 2006, p. 147.

Enunciado 445 (referente ao artigo 927 do Código Civil¹⁷⁶): O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.

Tendo isso em consideração, tomar-se-á emprestada a definição de Maria Helena Diniz: "o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo"¹⁷⁷.

Por conseguinte, é possível arguir ser o dano causado pelo abandono afetivo um dano moral. Pois, como já tratado no tópico anterior, constitui lesão a interesses juridicamente relevantes, some-se a isto o fato de que tais interesses já mencionados anteriormente não possuem natureza patrimonial, sendo, por isso, dano moral e não material.

Atualmente a responsabilidade civil por danos morais é pacificamente aceita pela doutrina e jurisprudência, havendo inclusive previsão constitucional disto, conforme seu artigo 5º, X.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;¹⁷⁸

O dano moral é, portanto, um direito fundamental, tendo significativa importância no Direito Civil para a construção da autonomia e da dignidade da pessoa humana¹⁷⁹, elementos centrais na atual responsabilidade civil, conforme anteriormente debatido.

É a partir do século XIX, que passou-se a aceitar que o direito privado pudesse exercer a proteção de interesses pessoais¹⁸⁰. Na França, segundo Othon de Azevedo Lopes: "até os três primeiros quartos do século XIX, a integridade corporal, a honra e o nome eram

¹⁷⁶ Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

¹⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107.

¹⁷⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁷⁹ LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. In *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 12, 2006, p. 129.

¹⁸⁰ LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. In *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 12, 2006, p. 130.

protegidos como decomposições do direito de propriedade ou pelo direito penal". Em 25 de junho de 1833 as Câmaras Reunidas de jurisdição civil e penal da Corte de Cassação consideraram a possibilidade de reparação do dano moral da mesma forma que qualquer dano, o que fora possível pela amplitude do artigo 1.382 do Código Civil Francês, consideração também feita por Clayton Reis¹⁸¹. Porém, apenas em 1902, adveio a primeira obra consistente relativa aos direitos de personalidade.¹⁸²

No Brasil, o Código Civil de 1916, também possuía uma regra geral do dever de indenizar, contida no artigo 159:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.¹⁸³

Percebe-se pela redação do artigo, os elementos do ato ilícito: a conduta (ação ou omissão) culposa (dolo ou culpa), o dano (violação de direito ou prejuízo), e o nexo de causalidade entre eles. Por outro lado, existiam normas que previam casos específicos de indenização, por exemplo, calúnia, difamação, crimes sexuais, agravamento na honra da mulher, entre outros.¹⁸⁴

A doutrina já era favorável à indenização dos danos morais na primeira metade do século XX. A jurisprudência brasileira, entretanto, não. O que mudou apenas em 1960:

Somente em 1960, com a decisão dos embargos no RE 42.723, é que se pacificou, dentro do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade dos danos morais. Não se tratava, ainda, da indenização irrestrita do dano moral.

¹⁸¹ REIS, Clayton. *Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 27. "O Código Civil Francês, em seu artigo 1.382 dispõe, in verbis: 'Tout fait quelconque de l'homme, que cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.' Portanto, na tradução literal do texto, 'Todo ato ilícito de qualquer pessoa, que cause dano a terceiro, obriga este a reparar o ato praticado.'

O texto citado, como se conclui, é amplo, abrangendo a totalidade dos bens - materiais e imateriais - que sejam objeto de lesão de direitos."

¹⁸² LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. In *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 12, 2006, p. 140.

¹⁸³ Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

¹⁸⁴ LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. In *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 12, 2006, p. 145 e 146.

O entendimento predominante, nessa Corte, era o de que não cabia a cumulação de danos materiais com os danos morais.¹⁸⁵

Contudo, com o advento da nova e atual Constituição de 1988, houve um considerável alargamento quanto a possibilidade de reparação civil por danos morais, possibilidades de cumulação de danos morais e materiais, reconheceu-se ser possível pessoas jurídicas sofrê-los, atualmente também é admitida a cumulação entre danos morais e estéticos, entre outros exemplos. Seguramente, a afirmação constitucional dos danos morais, da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade impulsionaram a amplitude deste instituto.¹⁸⁶

É perceptível que, apenas a partir da Constituição de 1988, os danos morais passaram a ser abertamente aceitos na doutrina e jurisprudência brasileira, em especial por essa última¹⁸⁷. Contudo, permanecem alguns argumentos contrários à reparação civil por danos morais.

Talvez os principais deles dizem respeito à imoralidade de se indenizar um dano imaterial¹⁸⁸ e à impossibilidade de ressarcimento do dano moral (como ocorre nos danos patrimoniais)¹⁸⁹; eles são irressarcíveis, não possuem equivalente, nem preço¹⁹⁰.

A própria teoria kantiana foi nesse sentido um dos grandes entraves à inserção dos danos morais no âmbito do Direito Civil, as penas somente teriam justificação quando aplicadas como retribuição justa de uma má conduta. Aquele que violasse direito alheio conduzido por estímulos desvaliosos deveria ser punido. Todavia, seria para Kant inadmissível a vítima tirar para si proveito dessa pena, pois se estaria considerando o ofensor como meio e não como fim em si mesmo, o que constituiria algo imoral.¹⁹¹

¹⁸⁵ LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. In *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 12, 2006, p. 146.

¹⁸⁶ LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. In *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 12, 2006, p. 146.

¹⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. *Direito, estado e sociedade*, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006. p. 245.

¹⁸⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 82.

¹⁸⁹ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 61 a 66.

¹⁹⁰ LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. In *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 12, 2006, p. 149. "Os direitos da personalidade, como decomposição da dignidade da pessoa humana, conforme lição de Kant, caracterizam-se por não terem equivalente ou preço."

¹⁹¹ LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. In *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 12, 2006, p. 136 e 137. "Por isso, o pensamento kantiano ofereceu um sério obstáculo para que a proteção dos direitos morais e de personalidade ficasse no âmbito do direito civil. O pagamento para a vítima de um valor pecuniário pela ofensa a

Por outro lado, como ensina Othon de Azevedo Lopes:

É Kant que ressalta que a violação de direitos humanos reduz o homem a um meio, na medida em que o violador estará utilizando o ofendido como um meio para os seus objetivos. A lesão dos direitos da personalidade é, portanto, uma ofensa à dignidade da vítima. Por isso, não se trata de reparar o dano, que não tem equivalente, mas de retribuir a reprovabilidade do autor do dano que menospreza a dignidade do ofendido. Aí está o título que fundamenta e legitima a vítima a receber em seu proveito a punição do violador.¹⁹²

Constitui, portanto, elemento do dano moral a retribuição da culpabilidade, de modo que ocorre a devida retribuição punitiva da conduta violadora de direitos e a compensação do dano moral sofrido. Tendo em vista a real impossibilidade de repará-los, almeja-se ao menos compensá-los, retribuindo a reprovabilidade do autor do dano. Foi ele quem atentou contra a dignidade do ofendido, não o respeitando como fim em si mesmo.

Não há, por isso, nenhuma imoralidade na reparação civil dos danos morais, conforme argumenta Sérgio Severo: "imoral é a inércia da ordem jurídica na proteção dos valores mais elevados do ser humano, como, p. ex., a vida, a liberdade e a honra, o que viria em estímulo a justiça pessoal, comprometida tão somente com a vingança."¹⁹³

Além da retribuição da culpabilidade, os danos morais têm como consequência a prevenção fiduciária e pedagógica. Essa prevenção não consiste na intimidação específica do agente para que não cometa o ato ilícito novamente nem na intimidação de terceiros frente a uma ameaça concreta de sanção. É mais do que isso, consistindo na moldagem e reforço da consciência coletiva. Os danos morais expõem à sociedade a relevância dos bens e valores tutelados, influenciando dessa forma na consciência social.¹⁹⁴

um direito imaterial, como decomposição da liberdade, faria com que a vítima se utilizasse do ofensor de forma imoral, convertendo um infortúnio de ordem imaterial em dinheiro. A punição, como imperativo categórico, era algo que se deveria fazer apenas tendo em vista o dever, e não para se buscar uma compensação impossível para a vítima, já que o elevado direito imaterial de liberdade atingido não teria um equivalente."

¹⁹² LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. In *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 12, 2006, p. 149 e 150.

¹⁹³ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 66.

¹⁹⁴ LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. In *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 12, 2006, p. 150. "A prevenção geral não se fundamenta apenas no medo e na intimidação de uma ameaça concreta. O estabelecimento de sanções para determinadas ofensas a direitos permite reforçar e moldar a consciência coletiva, mostrando quais são os bens e valores caros para a manutenção da ordem social. Essas sanções passam

É através do sancionamento de condutas frente a direitos violados, que se demonstra a importância desses e a necessidade de respeito a eles, gerando dessa maneira uma maior conscientização social, não pelo medo, mas pela demonstração concreta da relevância desses direitos.

É pela retributividade de culpabilidade e da prevenção fiduciária e pedagógica que os danos morais garantem a imperiosa observância do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e contempla a autonomia da conduta humana.

A responsabilidade civil por danos morais oriunda do abandono afetivo remete à retribuição da culpabilidade do violador dos direitos da criança ou do adolescente, por ter desprezado tais direitos, além de buscar a compensação dos danos sofridos pela vítima. Garante-se que não apenas ela, mas que toda a sociedade compreenda a relevância do dever de cuidado para com os menores e incapazes e confiem na sua vigência e proteção pelo ordenamento jurídico.

Assim, talvez como consequência mais importante, ter-se-ia o reforço na consciência social da importância de assegurar às crianças e aos adolescentes não apenas as condições físicas, mas também psicológicas e afetivas para um pleno e digno desenvolvimento. Demonstrar-se-ia concretamente quão pertinente isso é para a formação de uma sociedade saudável. O Direito é um dos meios mais capazes de promover uma efetiva conscientização social.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

5.1 Posicionamentos pela impossibilidade de reparação civil em decorrência do abandono afetivo

A possibilidade de compensação por danos morais por abandono afetivo foi, até os dias atuais, em geral, rejeitada pelos Tribunais brasileiros. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, possui apenas um julgamento em que foi provido tal pleito. Serão apreciados inicialmente alguns precedentes do STJ e de Tribunais estaduais em que se entendeu haver impossibilidade da reparação civil em razão do abandono afetivo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.¹⁹⁵

Neste primeiro caso, o autor da ação alega que seis anos após seu nascimento, com o advento no nascimento da filha de seu pai com sua segunda esposa, ele se afastou e ter-se-ia ausentado quanto as suas obrigações de garantir assistência psíquica e moral, embora cumprisse seu dever de prestar alimentos.

O pai, por sua vez, afirma que tal afastamento ocorreu em razão do inconformismo da mãe do autor com a ação revisional de alimentos, em que o genitor pleiteava a redução da prestação. Entretanto, alega que manteve-se presente até determinado período quando em decorrência de situações criadas pela mãe de seu filho, que o acusa de abandono, houve desgastes tornando este convívio familiar insustentável. Somou-se a isso constantes viagens a trabalho que dificultavam ainda mais qualquer contato. Reconhece, ainda, a ausência em momentos importantes, como formatura e aprovação no vestibular, mas que sempre demonstrou incentivo e júbilo por telefone.

Na primeira instância o pedido foi julgado improcedente, os principais argumentos foram: o não estabelecimento da correlação entre o abandono e o desenvolvimento de

¹⁹⁵ STJ, Resp 757.411/MG, relator o Ministro Fernando Gonçalves, data de julgamento: 29/11/2005, quarta turma, Dj 27/03/2006.

psicopatologias pelo autor; o propósito pecuniário buscado derivaria não do abandono, mas do sentimento de indignação do autor em decorrência da redução do pensionamento alimentício; não caracterização do abandono referente ao artigo 395, II, do Código civil de 1916.

Posteriormente, foi interposta apelação à sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, em que se deu provimento ao recurso e houve condenação do réu ao pagamento de R\$ 44.000,00 (quarento e quatro mil reais) a título de indenização por danos morais. O argumento utilizado foi o de que a indenização era devida em razão da dor sofrida pelo filho, tendo o abandono paterno lhe privado de direitos, e ter a indenização fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, adveio o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, no qual o Ministro relator, Fernando Gonçalves, reconhecendo a complexidade do tema e suas divergências, salientou a existência de posição favorável à reparação neste tipo de demanda. Entretanto, para ele o meio adequado para punir tal ato seria a perda do poder familiar (baseado no artigo 24 do ECA e artigo 1638, II, do Código Civil de 2002), que atenderia a função punitiva e dissuasória buscada pelos defensores da reparação civil por danos morais em razão do abandono afetivo.

Ademais, frisou que muitas vezes aquele que detém a guarda do filho ou filha pode influenciá-los, transferindo sentimentos odiosos em relação ao outro genitor, além de criar dificuldades ao convívio e relacionamento deles. Além do mais, o objetivo muitas vezes dos que pleiteiam tal indenização decorre simplesmente da ambição financeira e que uma condenação neste sentido poderia desestimular uma futura aproximação. Por fim, não seria atribuição do Judiciário obrigar alguém a amar.

Essa posição é reafirmada no julgamento do Resp 514.350/SP¹⁹⁶, que se valeu do precedente acima descrito para fundamentar a impossibilidade da reparação civil decorrente do abandono afetivo:

¹⁹⁶ STJ, Resp 514.350/SP, relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, data de julgamento: 28/04/2009, quarta turma, Dje 25/05/2009. Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido.

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO AFETIVO POR PARTE DO GENITOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária... (REsp 757411 / MG, 4ª Turma, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ 27.03.2006 p. 299)".

2. Recurso conhecido e improvido.¹⁹⁷

Esse caso refere-se a julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios tomou como base jurisprudencial o recurso especial acima relatado. Nele dois filhos ajuizaram ação de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo contra o pai, que possuía outros filhos, os quais assistiria de forma diferenciada, com mais dedicação, já os autores sempre confrontaram-se com a ausência paterna.

O pai, por sua vez, alegou que sempre prestou a devida assistência e que a partir de um período ocorreu um distanciamento em decorrência de mudança de cidade dos autores, mas, logo que foi possível restabelecer contato, passou a visitá-los e assistia-lhes da forma que podia.

Os pedidos constantes na inicial não foram concedidos, sendo a ação julgada improcedente. Advindo apelação que foi apreciada pela primeira turma cível do TJDF. Repisando o Resp 757.411/MG, a relatora votou pela negativa de provimento à apelação, tendo sido tal entendimento acompanhado de forma unânime.

Há mais um caso, perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cuja ementa do julgado teve o seguinte teor:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA.

A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor.

Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização.¹⁹⁸

¹⁹⁷ TJDF, Acórdão n. 300164, Processo n. 2005.06.1.011075-5 APC, Relatora a Desembargadora Ana Cantarino, data de julgamento: 02/04/2008, primeira turma cível, Dje 07/04/2008.

Nesse caso, o autor fora fruto da relação extraconjugal. Seu genitor já tinha família e em razão disso nunca manteve qualquer contato com o autor, restringindo-se ao pagamento de prestações alimentares. Por isso, o demandante requereu, em razão do abandono, compensação pelos danos morais sofridos.

Em primeira instância seu pleito foi julgado improcedente, sob o argumento de não se configurar ato ilícito a conduta descrita, não havendo assim a responsabilidade subjetiva e, portanto, não haver dever de reparação civil. Ademais, arguiu-se que a inércia afetiva não é contrária a lei, e que o filho também não procurava o pai, havendo também o abandono por parte do filho.

O relator, em sede de recurso, abordou inicialmente o conceito atual de família, não mais vista como ente hierarquizado, mas dotada de pluralidade e solidariedade em suas relações e detentora de grande protagonismo no desenvolvimento dos indivíduos que a compõem, em suas palavras: "a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção."

Citou como deveres dos pais e direito das crianças as normas expressas no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 1.634 do Código Civil. Enfatizou a reprovabilidade moral da conduta. Tendo considerado que "o fato de um pai deixar de prestar a assistência afetiva, moral e psicológica a um filho, violando seus deveres paternos, certamente deve ser considerado uma conduta ilícita, ensejadora de reparação no campo moral." Assim, votou pelo provimento da apelação, com condenação do apelado ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização por danos morais.

Ocorre que o relator acabou por ter o seu voto vencido. O revisor que emitiu o voto vencedor considerou que: não estariam presentes os requisitos ensejadores do dano moral; a paternidade envolve uma série de sentimentos e atitudes os quais não podem ser impostos e, por isso, nem quantificados ou aferidos como dano indenizável; assim, o Judiciário não poderia obrigar ninguém a amar, e que uma condenação à reparação civil nesses casos não atingiria tal finalidade.

¹⁹⁸ TJMG, Processo n. 1.0251.08.026141-4/001(1), relator o Desembargador Nilo Lacerda, data de julgamento, 29/10/2009, décima segunda câmara cível, data de publicação: 09/12/2009.

Percebe-se, pelo estudo dos casos, que alguns argumentos se repetem: 1) inexistência do ato ilícito; 2) não pode o Judiciário obrigar alguém a amar; 3) tentativa da reparação civil movida por ambição financeira e sentimento de vingança; 4) condenação judicial poderia prejudicar ainda mais a relação, comprometendo um chance futura de reaproximação; 5) a medida judicial cabível é a perda do poder familiar e não a responsabilização civil.

A argumentação da inexistência de ato ilícito está presente em todos os casos colacionados acima. Aqueles que a arguíram entenderam que o abandono afetivo não viola qualquer direito e que a conduta, embora possa ser moralmente reprovável, não enseja a reparação civil.

Contudo, o presente trabalho chegou a conclusão distinta no capítulo anterior, pois existe no sistema jurídico brasileiro a enunciação de vários deveres dos pais para com os filhos que não se encerram no mero provimento de necessidades materiais ou físicas, mas que impõem também deveres correlacionados a suporte psicológico, moral e afetivo, ao mesmo tempo em que explicita direitos da criança e do adolescente que lhes garantam um desenvolvimento digno. Assim, entende-se que o abandono afetivo implica descumprimento de deveres e violação de direitos, lesão a interesses juridicamente amparados.

Ainda quanto ao juízo de licitude/ilicitude, ele perpassa pela própria análise da culpa, aquele que age com culpa (voluntariamente e conscientemente descumpre um dever, ou age de forma diversa da exigível), cometendo ato ilícito. Em alguns casos, o abandono ocorre, mas inexistente culpa, não devendo assim ocorrer a reparação civil.

É o que pode ocorrer quando, por exemplo, o detentor da guarda da criança cria obstáculos ao relacionamento entre o outro detentor do poder familiar e o filho, ou mesmo se configura a alienação parental. Nessas hipóteses, o abandono não se dá por culpa do abandonante; ele não agiu voluntariamente, não foi um impulso desvalioso próprio que o fez se afastar do filho, mas condições alheias a sua vontade. Vale ressaltar que as situações criadas devem efetivamente inviabilizar a relação e o contato, além de restar isso demonstrado, para concluir-se inexistir a culpa.

Quanto à impossibilidade do Judiciário obrigar alguém a amar, apesar de ser a afirmativa verdadeira, o objetivo da ação de indenização por danos morais em decorrência do abandono afetivo é a compensação dos danos sofridos. Não se busca uma ação judiciária no sentido de mudar os sentimentos daquele que abandonou, ou de alguma forma convencê-lo a amar e dar afeto. Os autores deste tipo de ação não pretendem com ela uma mudança do

comportamento do pai, mas tão somente serem compensados, já que tiveram alguns de seus direitos violados.

Em relação aos motivos secundários, sentimento de vingança e ambição financeira, que levam o indivíduo a pleitear a indenização, além de serem de difícil identificação, não parecem ser argumentos plausíveis à negativa do pedido. Do mesmo modo, a possibilidade de uma futura reaproximação.

O que realmente deve-se levar em conta é a ilicitude ou licitude da conduta, havendo a aferição de culpa, pois tendo sido o direito violado, por conduta consciente e voluntária (conduzida por impulsos desvaliosos), gerando lesão a interesses juridicamente protegidos há o dever de indenizar. Independente da vítima mover-se por sentimento de vingança e por ambição financeira, ou de existir possibilidade de futura aproximação entre vítima e ofensor, tais hipóteses não constituem qualquer elemento que impossibilitam a responsabilização civil deve ter lugar.

No tocante ao último argumento apresentado, a eventual punição da perda do poder familiar não é causa de exclusão da possibilidade de reparação civil, como bem explica o Ministro Sidnei Benteti em voto-vista no Resp 1.159.242/SP:

Nesse sentido a interpretação dos dispositivos legais anotados pelo voto da E. Relatora (CF, arts. 1º, III, 5º, V e X, e CC/2001, arts. 186 e 927, e ECA, art. 227), não podendo ser erigida como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar (CC/2002, art. 1638, II, c.c. art. 1634, II), porque de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral, até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar).¹⁹⁹

Uma última crítica cabível refere-se à definição do dano moral como dor, sofrimento. Tal acepção é encontrada tanto entre alguns defensores da responsabilização do abandono afetivo, como entre alguns que entendem ser a reparação impossível nesse caso. De toda

¹⁹⁹ STJ, Resp 1.159.242/SP, relatora a Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento: 24/04/2012, quarta turma, Dje 10/05/2012. Voto-vista do Ministro Sidnei Benteti.

forma, tal concepção é obscura e gera grande indefinição, pois, ao mesmo tempo em que se pode incluir nesse conceito praticamente qualquer acontecimento que gere sofrimento, pode-se por meio desse negar a guarida da responsabilidade, afirmando-se que o mero dissabor não constitui dano moral. Por isso, o ideal é que se evite a definição de dano moral como a dor e o sofrimento experimentados e utilize-se o conceito de lesão a interesses juridicamente protegidos.

5.2 Posicionamento pela possibilidade de reparação civil em decorrência do abandono afetivo

No Superior Tribunal de Justiça, a primeira decisão favorável à reparação civil em decorrência de abandono afetivo somente adveio em abril de 2012, conforme a ementa que segue:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.²⁰⁰

²⁰⁰ STJ, Resp 1.159.242/SP, relatora a Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento:24/04/2012, quarta turma, Dje 10/05/2012.

A autora alegava ter sido vítima de abandono afetivo desde seu nascimento. Já o réu, seu pai, alega não ter abandonado a filha, e ainda que o tivesse feito, tal fato não constituiria ilicitude. Nessa linha, caso alguma medida judicial deve-se ser tomada deveria ser tão somente a imposição da perda do poder familiar conforme o artigo 1.638 do atual Código Civil.

Em primeira instância, o pedido de indenização foi julgado improcedente, sob o argumento de que o distanciamento ocorreu devido o comportamento agressivo da mãe em relação ao outro genitor após terem rompido a relação amorosa. A autora apelou, tendo o TJ/SP dado provimento à apelação e condenado o recorrido a pagar indenização para compensar os danos sofridos pela abandonada no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), tendo dessa decisão recorrido o réu ao Superior Tribunal de Justiça. A relatora, Ministra Nancy Andrighi, votou pelo provimento parcial do recurso, reduzindo o valor da indenização, mas mantendo o entendimento de existência de danos morais a serem compensados, seguiram seu voto os Ministros Sidnei Beneti e Paulo Tarso Sanseverino, e divergindo o Ministro Massami Uyeda.

A relatora defendeu a possibilidade de existência do dano moral nas relações familiares, afirmando não haver regras que restringissem a aplicação do instituto no tocante a danos oriundos dessas relações, defendeu que a punição com a perda do pátrio poder também não afastava a possibilidade de indenização decorrente do abandono afetivo. Considerando ser possível a reparação civil nessas situações, a Ministra ponderou ser necessário o exame dos elementos da responsabilidade civil subjetiva: dano, culpa e nexo causal.

Considerou presente a ilicitude e culpa na conduta em análise, a qual olvidou-se dos deveres parentais mínimos necessários a garantir adequada formação psicológica e inserção social, além de implicar no descumprimento de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Até esse ponto, o voto da Ministra Nancy Andrighi se coadunava com o defendido no presente trabalho. Entretanto, na análise do dano e nexo causal, ela considerou que tais elementos eram verificáveis a partir de laudo formulado por especialista. Logo percebe-se que o conceito de dano utilizado refere-se a existência de dor e sofrimento, concepção já criticada anteriormente. Arguiu a Ministra:

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de

uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais.

E prosseguiu nesse sentido:

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.²⁰¹

Ao passo que se concluiu nesse estudo que o conceito mais adequado de dano é lesão de interesses não patrimoniais sofridos por pessoa natural ou jurídica; o que se deve demonstrar é a lesão a tais interesses, o que já havia sido feito pela julgadora. Assim, o dano moral já estava demonstrado, prescindindo de qualquer laudo que demonstrasse a existência de dor, sofrimento ou prejuízo.

5.3 Posicionamento pela possibilidade de prescrição da pretensão de reparação civil em decorrência do abandono afetivo

Por fim, o último julgamento a ser abordado trata da possível prescrição da demanda, é o que segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, POR ABANDONO AFETIVO E ALEGADAS OFENSAS. DECISÃO QUE JULGA ANTECIPADAMENTE O FEITO PARA, SEM EMISSÃO DE JUÍZO ACERCA DO SEU CABIMENTO, RECONHECER A PRESCRIÇÃO. PATERNIDADE CONHECIDA PELO AUTOR, QUE AJUIZOU A AÇÃO COM 51 ANOS DE IDADE, DESDE A SUA INFÂNCIA. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL A

²⁰¹ STJ, Resp 1.159.242/SP, relatora a Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento: 24/04/2012, quarta turma, Dje 10/05/2012. Trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi.

CONTAR DA MAIORIDADE, QUANDO CESSOU O PODER FAMILIAR DO RÉU.

1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional.
2. Os direitos subjetivos estão sujeitos à violações, e quando verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este tradicionalmente nomeado de pretensão.
3. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retrooperante alcançar os efeitos passados das situações de direito.
4. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos artigos 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o "pátrio poder". Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto a compensação por danos morais.
5. Recurso especial não provido.²⁰²

Esse foi o último julgamento do Superior Tribunal de Justiça que tratou da matéria até então disponibilizado. O autor, que ajuizou a ação contra seu pai, sustentou sempre ter buscado o reconhecimento e afeto de seu pai. Entretanto, ele foi negligente quanto a sua educação, profissionalização e desenvolvimento, o que trouxe inúmeros transtornos à vítima. Entre os argumentos em defesa do réu, foi suscitado a ocorrência da prescrição da pretensão de reparação civil, conforme o artigo 177 do antigo Código Civil:

Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.²⁰³

Em primeira instância adveio decisão interlocutória entendendo não ter havido prescrição da pretensão de reparação civil, o que foi revisto em sede de agravo de instrumento, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reconheceu a prescrição

²⁰² STJ, Resp 1.298.576/RJ, relator o Ministro Luis Felipe Salomão, data de julgamento: 21/08/2012, quarta turma, Dje 06/09/2012.

²⁰³ Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

e julgou extinto o processo com resolução do mérito na forma do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil. Houve recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

Como bem assinala o relator, a prescrição é "a perda da pretensão inerente ao direito subjetivo, em razão da passagem do tempo", começando a correr a partir do nascimento da pretensão. No caso em estudo, a violação de deveres decorrentes do pátrio poder perduraram até sua extinção, assim houve a reiteração do descumprimento de deveres (insculpidos no artigo 384 do Código Civil de 1916), bem como da violação de direitos. Entretanto, a partir da maioridade, cessou a vigência do pátrio poder, em consonância ao artigo, 392, III, do Código Civil de 1916:

Art. 392. Extingue-se o pátrio poder: (...)
III. Pela maioridade.²⁰⁴

Na época a maioridade ocorria aos vinte e um anos completos:

Art. 9. Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.²⁰⁵

Ademais, durante a vigência do pátrio poder não se iniciava a contagem da prescrição, era causa de impedimento da prescrição:

Art. 168. Não corre a prescrição: (...)
II. Entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder.²⁰⁶

Assim, concluiu o relator que, não se operando a prescrição durante o pátrio poder, ela começaria a correr após a sua extinção, inicialmente, por inexistir a partir daí qualquer dever legal de cuidado do pai para com o filho, não havendo como se falar na reiteração da conduta, cessando-se a causa impeditiva de prescrição.

²⁰⁴ Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

²⁰⁵ Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

²⁰⁶ Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

O prazo prescricional aplicado seria o prazo geral do artigo 177, já que não havia prazo específico, o qual deveria ser contado a partir da maioridade da vítima, que no caso concreto ocorrera em 1978. Assim, a perda da pretensão inerente ao direito subjetivo operou-se em 1998, tendo sido ajuizada a ação apenas em outubro de 2008.

O raciocínio apresentado parece ser o correto, pois inexistente qualquer impedimento à prescrição relativa ao tema, podendo ocorrer como em qualquer outra ação de reparação civil, todavia, alguns casos deverão ser analisados sob o prisma do novo código civil de 2002.

Utilizando-se do mesmo raciocínio do julgado retro citado, far-se-á a aplicação das regras expressas pelo Código Civil de 2002.

Também este novo código traz como causa impeditiva da prescrição o poder familiar:

Art. 197. Não corre a prescrição: (...)

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;²⁰⁷

Ao passo em que a extinção do poder familiar também advém pela ocorrência da maioridade.

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: (...)

III - pela maioridade;²⁰⁸

No código civil de 2002, a menoridade cessa não mais aos vinte um anos completos, mas aos dezoito anos, conforme a regra trazida pelo seu artigo 5º:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.²⁰⁹

Assim, pode-se concluir que tendo o jovem completado dezoito anos e tendo cessado sua menoridade, extingue-se o poder familiar e conseqüentemente o impedimento prescricional. Além disso, como não existe qualquer dever legal expresso, seja em normas

²⁰⁷ Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

²⁰⁸ Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

²⁰⁹ Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

constitucionais, seja em normas infraconstitucionais, que garantam direitos aos filhos maiores ou imponham deveres aos pais em relação a estes, não se pode afirmar que possa ocorrer a reincidência de lesão à interesses juridicamente protegidos por abandono afetivo após a maioridade.

Poder-se-á contar do advento da maioridade o prazo prescricional, a regra geral é que ele é de dez anos (artigo 205 do Código Civil), porém existe no atual Código Civil, regra específica que recairá nesses casos

Art. 206. Prescreve: (...)

§ 3º Em três anos: (...)

V - a pretensão de reparação civil;²¹⁰

Desse modo, vislumbra-se que com a maioridade a prescrição da pretensão de reparação civil por danos morais decorrentes do abandono afetivo ocorrerá em três anos quando aplicável o novo código civil, e em vinte anos quando aplicável o código civil de 1916.

²¹⁰ Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

6 CONCLUSÃO

A necessidade de afeto, atenção e cuidado é inerente a qualquer ser humano, todos procuram estabelecer relações que supram tal necessidade, relações de amizade, conjugais e familiares. Sendo na família em que, comumente, surgem as primeiras relações sociais do indivíduo, bem como seus primeiros laços afetivos, que irão refletir nos futuros relacionamentos.

A família, ainda que possa ser composta por um número indefinido de membros, tem na sua base a figura dos pais, além de serem os parentes mais próximos, é comumente com eles que se têm os primeiro contatos e experiências.

Por isso, os pais são os principais responsáveis pelo desenvolvimento dos filhos. São deles os deveres legais de cuidar e educar, deveres que não se encerram com simples provimentos materiais, vão além disso, exigem a garantia de elementos mínimos imprescindíveis ao desenvolvimento, entre eles, a atenção, a convivência, a demonstração de interesse, entre outros.

A ausência desses cuidados na infância e na adolescência, podem comprometer significativamente a saúde psicofísica do indivíduo, cujos reflexos atingirão incidentalmente a sociedade. O abandono afetivo é comportamento comumente vivenciado na sociedade brasileira, inúmeras crianças sofrem com o abandono e as consequências daí advindas, é tema de grande relevância social.

Embora o Direito não deva ser confundido com a Moral, e não possa se ocupar de todas questões morais, pois muitas não lhe são relevantes, deve intervir naquelas que afetem os interesses por ele amparados.

Nosso sistema jurídico impôs deveres aos pais em relação aos filhos menores e assegurou direitos às crianças e aos adolescentes que são frontalmente violados pela prática do abandono.

Abandonar afetivamente alguém que está sujeito ao poder familiar, é infringir os deveres de cuidado, companhia e guarda, de assegurar a efetivação dos direitos básicos das crianças e dos adolescentes, é violar o direito deles de terem um desenvolvimento digno. Enfim quem abandona impõe lesões a interesses não-patrimoniais que são juridicamente assegurados.

Logo, quem abandona produz danos seja em sua acepção comum ou jurídica, age de forma moralmente e juridicamente reprovável.

Configurado o dano jurídico, de natureza moral, deve-se à luz da responsabilidade civil subjetiva analisar a reparabilidade desse dano causado. Sendo primordiais os exames de ilicitude, culpa e do nexo de causalidade, presentes tais elementos juntamente com o dano jurídico, compete ao Judiciário impor a compensação do dano moral sofrido.

Ademais, não se deve olvidar de reconhecer a autonomia da conduta humana para impor a reparação civil, devendo-se investigar a consciência e voluntariedade do agente, caso contrário a sanção representará mero ato coator, esvaziado de sentido orientador.

Atualmente a doutrina tem se mostrado mais favorável à reparação civil decorrente do abandono afetivo. A jurisprudência até pouco tempo majoritariamente negava tal possibilidade, apresenta focos de aceitação, que gradativamente têm aumentado, havendo inclusive precedente favorável no Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, a reparação civil pela compensação dos danos morais, não apenas retribui a reprovabilidade da conduta, como também provoca a prevenção fiduciária e pedagógica. Isto é, molda e reforça a consciência coletiva, de modo a combater a perpetuação do abandono afetivo, que, frise-se, ainda é muito comum e danoso à sociedade.

7 BIBLIOGRAFIA

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

CASSETTARI, CHRISTIANO. *Responsabilidade Civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos—dos deveres constitucionais*. Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, 1999. p. 87 a 99

CHODOROW, Nancy. *Psicanálise da maternidade: uma crítica a Freud a partir da mulher*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Record: Rosas do Tempo, 2002.

DESSEN, Maria Auxiliadora; POLONIA, Ana da Costa. *A família e a escola como contextos de desenvolvimento humano*. Paidéia, v. 17, n. 36, 2007. p. 21 a 32.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRATIOT-ALPHANDERY, Helene; ZAZZO, Rene (Org.). *Tratado de psicologia del niño*. Trad. Dolores Blasco. Madrid: Ediciones Morata S.A., 1975.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. *Repertório de Jurisprudência IOB*. v. 3. N. 18, 2006. p. 568 a 582.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; Pereira, Rodrigo da (coord.). *A ética da Convivência Familiar: sua efetividade no Cotidiano dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 1. ed. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral no Estado Democrático de Direito*. In *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 12, 2006, p. 129-166.

LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil*. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, v. 238, out/dez, 2004, p. 207 a 236.

LOPES, Othon de Azevedo. *Horizontes, teoria e linguagem da responsabilidade jurídica*. 452 folhas. Dissertação de Mestrado – Universidade de Brasília. Brasília, 2005.

MESQUITA FILHO, Júlio de. *Formação e rompimento dos laços afetivos*. Araraquara, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. *Direito, estado e sociedade*, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006, p. 233 a 258.

PFROMM NETO, Samuel. *Psicologia da Adolescência*. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1976.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, 2002.

REGIS, Lorena Fagundes Ladeia Vitória; PORTO, Isaura Setenta. *A equipe de enfermagem e Maslow:(in) satisfações no trabalho*. *Rev Bras Enferm [Internet]*, v. 59, n. 4, 2006, p. 565 a 568.

REIS, Clayton. *Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREINER, Gabriela. *Risco ou Abandono, além da Semântica*. São Paulo, 2009.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. *Tutelas de urgência na reparação do dano moral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VIGOTSKI, Lev Semenovich. *A formação social da mente: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores*. Trad. José Cipolla Neto, Luís Silveira Menna Barreto, Solange Castro Afeche. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.